Die Fahrlässigkeit als Schuld-voraussetzung des einfachen Bankerutts (§ 240 KO.).

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Ernst Kohn,

Referendar.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1912.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der
Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Gretener.
Korreferent: Professor Dr. Schott.

Meiner lieben Mutter.

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

(Zitiert wird, wenn nichts anderes angegeben, mit den Namen der Autoren, bei den in Zeitschriften erschienenen Aufsätzen unter Angabe des Namens und Bandes der Zeitschrift.)

A. Bücher und Aufsätze.

Abegg, Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft. 1836.

v. Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht. Bd. 2. 1907.

v. Bar, Handbuch des deutschen Strafrechts. Bd. 1. 1882. (zit.: v. Bar, HB.)

Beling, Die Lehre vom Verbrechen. 1906. (zit.: Beling, Vbr.)

Beling, Grundzüge des Strafrechts. 3. Aufl. 1905. (Beling, Gr.)

Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 18. Aufl. 1898.

Binding, Das bedingte Verbrechen. Im Gerichtssaal Bd. 68 S. 1 f.

Binding, Grundriß des deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil. 7. Aufl. 1907. (zit.: Binding, Gr.)

Binding, Handbuch des Strafrechts. Bd. 1. 1885. (zit.: Binding, HB.)

Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil. Bd. 1. 2. Aufl. 1902; Bd. 2 1. Abt. 2. Aufl. 1904. (zit.: Binding, Lb. I bezw. II, 1).

Binding, Die Normen und ihre Übertretung. Bd. 1 2. Aufl. 1890, Bd. 2 1877. (zit.: Binding, N. I, II.)

Birkmeyer, Das Strafrecht. In der von ihm herausgegebenen Enzyklopädie der Rechtswissenschaft 1904 2. Aufl.

Bruck, Zur Lehre von der Fahrlässigkeit. 1885.

Blum, Die Schuldseite des einfachen und betrüglichen Bankerutts. Würzburger Diss. 1907.

Chauveau et Faustin Hélie, Théorie du Code pénal. IV. éd., tome V. 1862. (zit.: Chauveau.)

Cohn, Zur Lehre vom strafbaren Bankerutt. In Goltdammers Archiv Bd. 41 S. 198 f. (zit.: Cohn.)

Finger, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Bd. 1. 1904.

Finger, Tatbestandsmerkmale und Bedingungen der Strafbarkeit. In Goltdammers Archiv Bd. 50 S. 32 f.

Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 8.—10. Aufl. 1911.

Freund, Zur Lehre vom einfachen Bankerott. Breslauer Diss. Borna-Leipzig 1910.

Geyer, Grundriß zu Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht. 2 Teile. 1884/85.

Goldschmidt, Begriff und Aufgabe eines Verwaltungsstrafrechts. (zit.: Goldschmidt, Begr.)

Goldschmidt, Das Verwaltungsstrafrecht. 1902. (zit.: Goldschmidt, VStrR.)
Gretener, Die Zurechnungsfähigkeit als Gesetzgebungsfrage. 1897.
Goltdammer, Die Materialien zum Strafgesetzbuche für die preußischen Staaten. 2 Teile. 1851/52.
Hahn (Hahn-Mugdan), Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen. Bd. 2 1877. Bd. 7 1898.
Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht. Bd. 1 1881, Bd. 2 1884—1887.
Hälschner, Konkurrenz des betrüglichen und einfachen Bankerutts? In Goltdammers Archiv Bd. 18 S. 665 f.
Henle-Schierlinger, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 2. Aufl. 1903.
v. Hippel, Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit. 1903. (zit.: v. Hippel, Grenze.)
v. Hippel, Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum. In der Vergleichenden Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts Allgemeiner Teil 1908 Bd. 3 S. 373 f. (zit.: v. Hippel, Vorsatz.)
v. Hoiningen gen. **Huene,** Beiträge zur geschichtlichen Entwicklung des strafbaren Bankerutts in Deutschland. Bonner Diss. 1878.
Jaeger, Die Konkursordnung. 2. Aufl. 1904.
John, Entwurf mit Motiven zu einem Strafgesetzbuche für den Norddeutschen Bund. 1868.
Kitzinger, Gemeingefährliche Verbrechen und Vergehen. Allgemeine Erörterung. In der Vergleichenden Darstellung Besonderer Teil Bd. 90 S. 1 f.
Kleinfeller, Zur Lehre vom strafbaren Bankerutt. Im Gerichtssaal Bd. 43 S. 161 f.
Kohler, Über die Interpretation von Gesetzen. In Grünhuts Zeitschrift Bd. 13 S. 1 f.
Kohlrausch, Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht. Teil 1. 1903.
Köstlin, Abhandlungen aus dem Strafrechte. 1858. (zit.: Köstlin, Abh.)
Köstlin, Darstellung der Lehre vom strafbaren Bankerutt. In Goltdammers Archiv Bd. 5 S. 721 f., Bd. 6 S. 3 f. u. 289 f.
Köstlin, System des deutschen Strafrechts. Abt. 1. 1855. (zit.: Köstlin, System.)
v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 16./17. Aufl. 1908.
Loening, Grundriß zu Vorlesungen über deutsches Strafrecht. 1885.
Lucas, Die subjektive Verschuldung. 1883.
Mayer, M. E., Die schuldhafte Handlung und ihre Arten im Strafrecht. 1901.
Mayer, O., Deutsches Verwaltungsrecht. Bd. 1. 1895.
Merkel, Bankerutt. In v. Holtzendorffs Handbuch des deutschen Strafrechts 1874 Bd. 3 S. 812 f. (zit.: Merkel, H. H. III.)
Merkel, Bankerutt. In v. Holtzendorffs Rechtslexikon 1880 Bd. 1 3. Aufl. S. 225 f. (zit.: Merkel, H. RL.)
Merkel, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1889. (zit.: Merkel, LB.)
Meves, Studien über das Wesen und den Tatbestand des einfachen Bankerutts. In Goltdammers Archiv Bd. 36 S. 377 f. (zit.: Meves.)
Meyer, G., Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts. Bd. 1. 2. Aufl. 1893.
Meyer-Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 6. Aufl. 1907.
Meyer, K., Die Konkursordnung für das Deutsche Reich. 1899.

Mittelstädt, Zur Lehre von der Auslegung der Strafgesetze. Im Gerichtssaal Bd. 43 S. 1 f.

Motive zum Entwurf eines Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund. Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstags des Norddeutschen Bundes 1. L.-P. Session 1870 Bd. 3 Anlage 5 S. 26 f. (zit.: Mot. z. StGB.)

Neumeyer, Historische und dogmatische Darstellung des strafbaren Bankerutts. Münchener Diss. 1891.

Olshausen-Zweigert, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 8. Aufl. 1909/10. (zit.: Olshausen.)

Oppenhoff-Delius, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 14. Aufl. 1901. (zit.: Oppenhoff.)

Ortloff, Die Schuldarten im Strafrecht. Im Gerichtssaal Bd. 34 S. 401 f.

Oetker, Die gesetzlichen Merkmale in Haupt- und Nebenfrage. Im Gerichtssaal Bd. 64 S. 55 f.

Petersen-Kleinfeller, Konkursordnung für das Deutsche Reich. 4. Aufl. 1900. Petersen.)

Radbruch, Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem. 1903.

Rehm, Die Bilanzen der Aktiengesellschaften usw. 1903.

Reichart, Der strafbare Bankerutt. Im Gerichtssaal Bd. 48 S. 81 f., 241 f. (zit.: Reichart.)

v. Rohland, Die Gefahr im Strafrecht. 2. Aufl. 1888.

Rosin, Polizeistrafrecht. In v. Stengels Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts 1890 Bd. 2 S. 273 f.

Rotering, Gefahr und Gefährdung im Strafgesetzbuche. In Goltdammers Archiv Bd. 31 S. 266 f.

Rotering, über die subjektiven Voraussetzungen der Polizeiübertretungen des Strafgesetzbuchs. In Goltdammers Archiv Bd. 31 S. 350 f.

Rubo, Kommentar über das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 1879.

Rüdorff-Stenglein, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 4. Aufl. 1892 (zit.: Rüdorff.)

Rupp, Modernes Recht und Verschuldung. Tübinger Diss. 1880.

v. Sarwey-Bossert, Die Konkursordnung für das Deutsche Reich. 4. Aufl. 1901. (zit.: v. Sarwey.)

Schaper, Gemeingefährliche Verbrechen und Vergehen. In v. Holtzendorffs Handbuch des deutschen Strafrechts 1874 Bd. 3 S. 859 f.

Schmidt, Der strafbare Bankbruch usw. 1893. (Teil 1 auch als Münchener Diss. 1893.)

Schütze, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 2. Aufl. 1874.

v. Schwarze, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 5. Aufl. 1884.

Seeger, über Zusammenfluß des einfachen und des betrüglichen Bankerutts. In Goltdammers Archiv Bd. 20 S. 137 f.

Stenglein, Lexikon des deutschen Strafrechts. 1900. (zit.: Stenglein, L.)

Stenglein, Die strafrechtlichen Nebengesetze des Deutschen Reichs. 3. Aufl. 1903. (zit.: Stenglein, NGes.)

Sturm, Die strafrechtliche Verschuldung. Strafrechtliche Abhandlungen, herausgegeben von Beling, Heft 41. 1902.

v. Völderndorff, Konkursordnung für das Deutsche Reich. Abt. 3. 2. Aufl. 1885.

Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch. Mit Begründung. 1909. (zit.: Vorentw. z. StGB.)

Wach, Der Bankerutt und die verwandten Delikte. In der Vergleichenden Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts Besonderer Teil 1906 Bd. 8 S. 1 f.

Wach, Legislative Technik. In der Vergleichenden Darstellung Allgemeiner Teil Bd. 6 S. 1 f. (zit.: Wach, L. Techn.)

Wachenfeld, Strafrecht. In Holtzendorff-Kohlers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft 1904 6. Aufl.

v. Wächter, Deutsches Strafrecht. Vorlesungen. 1881.

Weber, Zum Leipziger Bankprozeß. Im Gerichtssaal Bd. 62 S. 362 f., Bd. 65 S. 63 f.

Wertheimer, Die Mischgesetze des deutschen Strafgesetzbuchs. Marburger Diss. 1903.

v. Wilmowski, Deutsche Reichskonkursordnung. 6. Aufl. 1906.

Wolff, Konkursordnung. 1900.

Wolff, Bernhard, Der Bankerutt. Marburger Diss. 1906.

Wundt, Grundriß der Psychologie. 8. Aufl. 1907.

B. Zeitschriften und Entscheidungssammlungen.

GS. = Der Gerichtssaal, herausgegeben von Oetker und Finger.

G. A. = Goltdammers Archiv für Strafrecht und Strafprozeß, jetzt herausgegeben von Kohler.

Gr. Z. = Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht.

OTr. = Oppenhoff, Die Rechtsprechung des Kgl. Obertribunals und des Kgl. Oberappellationsgerichts in Strafsachen.

RGE. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.

RGR. = Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts in Strafsachen, herausgegeben von den Mitgliedern der Reichsanwaltschaft.

ZStW. = Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, herausgegeben von v. Liszt und v. Lilienthal.

A. Einleitung.

§ 1.

Der Name des „einfachen" Bankerutts und sein gegenwärtiger Tatbestand haben ihre Quelle in Napoleons I. code de commerce. In das Reichsrecht sind sie durch das preußische Strafgesetzbuch von 1851 verpflanzt worden. Während dieses sich hier völlig dem französischen Vorbilde angeschlossen hat, sind ihm von den anderen Landesstrafgesetzbüchern aus der Zeit des Deutschen Bundes nur wenige gefolgt;[1]) die meisten haben an den aus dem gemeinen römisch-deutschen Strafrecht überlieferten Bankerutttatbeständen ebenso festgehalten wie an deren hergebrachten Benennungen. Letztere zeichneten sich, im Gegensatze zu der materiellrechtlichen Zersplitterung, durch ziemliche Gleichartigkeit aus;[2]) sie suchten sämtlich durch Hervorhebung des Schuldmomentes die schwerere Form des „betrüglichen" Bankerutts von der Form, die dem heutigen „einfachen" Bankerutt entspricht, abzugrenzen. Während bei jener die böswillige Begehung den Ausschlag gab, wurde als gemeinsames Merkmal der leichteren Fälle ihre Zurückführbarkeit auf leichtsinnige Lebens- oder Geschäftsführung des Bankbrüchigen aufgestellt;[3]) demgemäß sprachen die Gesetze meist von leichtsinnigem, mutwilligem oder fahrlässigem Bankerutt.[4]) Diese Gewohnheit, schon in dem Namen des Delikts seine subjektive Seite anzudeuten, hat sich auch in denjenigen Partikularrechtsgebieten, in die das

---

[1]) vgl. Köstlin, G.A. Bd. 5 S. 743 N. 3; Reichart S. 166.

[2]) Köstlin a. a. O. S. 722 f.

[3]) Neumeyer S. 85 f., 87 f.

[4]) Schmidt S. 186. — Das preuß. ALR. von 1794 stellte im 20. Titel seines II. Teiles dem betrüglichen Bankerutt sogar den mutwilligen (§§ 1458 f.), den fahrlässigen (§§ 1466 f.) und den unbesonnenen (§§ 1473 f.) gegenüber.

französische Recht eingedrungen ist, erhalten; und ebenso wurde und wird, wenngleich vereinzelt, unter der Herrschaft des Reichsrechts der „einfache" Bankerutt auch als „fahrlässiger" bezeichnet.

Da aber die Strafvorschrift gegen den einfachen Bankerutt — § 240 KO. (= § 210 a. KO., d. h. der KO. vor der Novelle v. 17. 5. 1898), der an die Stelle des früheren § 281 StGB. getreten ist —, über die Schuldseite, abgesehen von dem Falle der Ziff. 2, völlig schweigt, sind seither Zweifel an der Zulässigkeit dieser Benennung entstanden, und es hat sich auch jetzt noch keine durchaus einheitliche Meinung darüber gebildet, ob der einfache Bankerutt in der Tat ein „Fahrlässigkeitsdelikt" ist,[5]) d. h. ob seine fahrlässige Begehung strafbar macht.

Der Beantwortung dieser Frage, die im folgenden versucht werden soll, scheint ein Bedenken entgegenzustehen.

Der § 240 KO.[6]) gehört nämlich zu den sogen. Mischgesetzen,[7]) d. h. er knüpft die eine in ihm enthaltene Strafdrohung nicht

---

[5]) Diese in der Praxis wiederholt aufgetauchte Formulierung der Streitfrage hat durch die unten mehrfach zu zitierende Entscheidung des RG. Bd. 4 S. 418 f. eine gewisse Berühmtheit erlangt.

[6]) Er hat folgenden Wortlaut: Schuldner, welche ihre Zahlungen eingestellt haben oder über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, werden wegen einfachen Bankerutts mit Gefängnis bestraft, wenn sie

1. durch Aufwand, Spiel oder Wette oder durch Differenzhandel mit Waren oder Börsenpapieren übermäßige Summen verbraucht haben oder schuldig geworden sind;
2. in der Absicht, die Eröffnung des Konkursverfahrens hinauszuschieben, Waren oder Wertpapiere auf Kredit entnommen und diese Gegenstände erheblich unter dem Werte in einer den Anforderungen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft widersprechenden Weise veräußert oder sonst weggegeben haben;
3. Handelsbücher zu führen unterlassen haben, deren Führung ihnen gesetzlich oblag, oder dieselben verheimlicht, vernichtet oder so unordentlich geführt haben, daß sie keine Übersicht ihres Vermögenszustandes gewähren, oder
4. es gegen die Bestimmung des Handelsgesetzbuchs unterlassen haben, die Bilanz ihres Vermögens in der vorgeschriebenen Zeit zu ziehen.

Neben der Gefängnisstrafe kann in den Fällen unter 1 u. 2 auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so kann auf Geldstrafe bis zu sechshundert Mark erkannt werden.

[7]) Binding N. I S. 208; Wach, L. Techn. S. 60; Wertheimer S. 1 f.

auch an das Vorliegen nur einer bestimmten Tatsachengruppe, sondern normiert deren mehrere, und zwar, wenn man außer der in den Ziff. 1—4 gegebenen Gliederung die häufige Verwendung des Wortes „oder“ berücksichtigt, nicht weniger als fünfzig. Hiernach fragt es sich, ob man überhaupt allgemeine Sätze über die Schuldseite beim einfachen Bankerutt aufzustellen vermag. Dies hat nichts zu tun mit der anderen Frage, ob es sich hier um ein einheitliches Delikt oder um eine Anzahl selbständiger, unter einem Namen zusammengefaßter Vergehen handelt, m. a. W. ob der § 240 einen alternativen oder kumulativen [8]) Mischtatbestand enthält. Es kommt vielmehr nur darauf an, ob die einzelnen Erscheinungsformen nach ihrer juristischen Natur einander hinsichtlich der Schuldseite so ähnlich sind, daß man von ihren objektiven Verschiedenheiten zunächst absehen kann. Eine solche Ähnlichkeit wird man im allgemeinen annehmen dürfen; sie ergibt sich zwar nicht aus der einheitlichen Strafdrohung,[9]) aber aus dem gemeinsamen Einleitungsteile des Gesetzes, aus der einheitlichen Bezeichnung des Delikts und — was hier besonders ins Gewicht fällt — daraus, daß das Gesetz sich gleichmäßig einer ausdrücklichen Bestimmung über die Schuldfrage enthält. In der letzteren Beziehung gilt allerdings eine Ausnahme für den Fall der Ziff. 2, der bei den Handlungen des Schuldners die Absicht verlangt, die Eröffnung des Konkursverfahrens hinauszuschieben; es empfiehlt sich daher, diesen Fall einstweilen auszuschalten, und zwar um so mehr, als er erst durch die Novelle v. 17. 5. 1898 in die Konkursordnung eingefügt worden und daher in der umfangreichen älteren Literatur nicht berücksichtigt ist. Die übrigen Fälle aber können so lange einheitlich behandelt werden, als sich nicht im folgenden aus ihrem Wesen die Notwendigkeit einer Sonderung ergibt.

---

[8]) Wertheimer S. 3, 59 f.

[9]) vgl. Beling, Vbr. S. 271.

B. Der einfache Bankerutt als „Fahrlässigkeitsdelikt“.

I. Die begriffliche Möglichkeit der fahrlässigen Begehung.

§ 2.

a) Die Einwände gegen das Schulderfordernis überhaupt.

Wie allgemein anerkannt wird, bedroht das geltende Recht keineswegs alle Delikte, die an sich, d. h. nach ihrem objektiven Tatbestande, fahrlässig begangen werden können, auch wirklich für den Fall fahrlässiger Begehung mit Strafe. Daher zerfällt die Frage, ob ein in einem Reichsstrafgesetz tatbestandlich gegebenes Verbrechen ein Fahrlässigkeitsdelikt sei, in Zweifelsfällen in die Unterfragen:

a) ob der Tatbestand seinem aus dem Gesetze zu entnehmenden Begriffe nach überhaupt fahrlässig verwirklicht werden könne, und im Bejahungsfalle

b) ob das Gesetz die fahrlässige Verwirklichung tatsächlich unter Strafdrohung gestellt habe.

Diese Fragen sind daher auch für den einfachen Bankerutt zu beantworten. Die erste von ihnen könnte man freilich für überflüssig halten, da an sich jedes Delikt fahrlässig begangen, jede Norm fahrlässig übertreten werden könne.[1]) Letzteres ist allerdings richtig, aber gerade mit Bezug auf den einfachen Bankerutt sind vielfach Ansichten vertreten worden, deren Zutreffen dazu führen müßte, die Allgemeingültigkeit jenes Satzes zu leugnen. Bei der Prüfung dieser Behauptungen ist von den das Strafgesetzbuch beherrschenden allgemeinen Grundsätzen auszugehen, und zwar schon deshalb, weil die Bankeruttvorschriften der Konkursordnung die ehemaligen §§ 281—283 StGB. ersetzen sollen.

Wer dem einfachen Bankerutt seinem Begriffe nach den Charakter eines Fahrlässigkeitsdelikts abspricht, hält bei ihm entweder die Berücksichtigung der Schuldseite überhaupt oder die

---

[1]) Bruck S. 34; v. Liszt S. 184; Lucas S. 117.

Möglichkeit gerade der fahrlässigen Begehung für ausgeschlossen. Für die erstere Ansicht ist nur eine Beweisführung denkbar; sie stützt sich darauf, daß der einfache Bankerutt zu den sogen. Polizeidelikten gehöre und daß für deren Bestrafung das Vorliegen des objektiven Tatbestandes genüge. In der Theorie läßt sich diese Auffassung zwar nirgends mit voller Bestimmtheit nachweisen,[2] obwohl vielleicht anzunehmen ist, daß solche Erwägungen auch für einen Teil derjenigen Schriftsteller mitbestimmend waren, die das Schulderfordernis wegen des Schweigens des Gesetzes leugnen.[3] Deutlich ausgesprochen findet sie sich dagegen in der Rechtsprechung des preuß. Obertribunals, das in einer Entscheidung[4] z. B. nach einem Hinweis auf den „präventiven Zweck" des § 283 Ziff. 2 u. 3 StGB. (= § 240 Ziff. 3 u. 4 KO.) erklärt: „Die Strafbestimmung ... bildet sonach ein formales Vergehen, und das Verschuldungsmoment, welches dieser Paragraph unterstellt, liegt schon dann vor, wenn die daselbst hervorgehobenen gesetzlichen Vorschriften nicht erfüllt sind". Hier wird also lediglich aus der Natur des einfachen Bankerutts geschlossen, daß zu seiner Begehung ein Verschulden nicht erforderlich sei; denn ein „Verschuldungsmoment", das auf Grund unwiderleglicher Vermutung stets mit dem Eintritt gewisser Tatsachen gegeben ist, hat mit der wahren strafrechtlichen Verschuldung nichts zu tun.

Von der gleichen Grundansicht geht wohl[5] auch das Reichsgericht in seiner älteren Judikatur aus. Sie kann zwar heute als überwunden bezeichnet werden und ist insbesondere von der Praxis völlig aufgegeben worden. Da aber die ihr zugrundeliegenden Prämissen wenigstens getrennt zuweilen anzutreffen sind,[6] wäre auch ihre erneute Verteidigung wenigstens nicht undenkbar.

---

[2]) Sehr nahe kommt ihr Rupp S. 62 f., 78.

[3]) vgl. unten § 6.

[4]) OTr. Bd. 18 S. 766; ähnlich Bd. 12 S. 509, Bd. 19 S. 68/69.

[5]) Ein deutlicher Ausspruch fehlt (vgl. Bruck S. 63/64; Schmidt S. 191).

[6]) So nennt z. B. K. Meyer S. 348 (Erl. zu § 240 KO.) den einfachen Bankerutt „in der Hauptsache ein Polizeidelikt"; Lucas S. 143 ein „Vergehen polizeilicher Art"; andererseits verneint Oppenhoff S. 915 (Erl. 9, 10 zu Abschn. 29) grundsätzlich und Rupp S. 62 f., 78 überhaupt das Schulderfordernis bei Polizeidelikten.

Die höchst umstrittene Frage nach der juristischen Natur des Polizeiunrechts braucht hier nicht in ihrem ganzen Umfange erörtert zu werden.[7] Wenn man mit v. Bar[8] einen prinzipiellen Unterschied zwischen kriminellem und polizeilichem Unrecht überhaupt nicht anerkennt, muß man die hier angestellte Erwägung von vornherein für überflüssig halten. Wenn man dagegen mit der herrschenden Meinung das Wesen des Polizeidelikts in dem reinen Ungehorsam (als solchem[9]) oder im Gegensatze zur konkreten Rechtsgüterbeeinträchtigung[10])) sieht, könnte man zwar den einfachen Bankerutt vielleicht dieser Gruppe eingliedern, obwohl dagegen der Umstand spricht, daß zu seinem objektiven Tatbestande in den meisten Fällen[11]) nicht ausschließlich ein normwidriges Verhalten, sondern auch ein von diesem unterscheidbarer äußerer Erfolg gehört. Aber eine solche Kennzeichnung wäre für die vorliegende Frage ohne jeden Einfluß; denn — man mag dies für erfreulich halten oder nicht — nach geltendem Recht bildet das Polizeistrafrecht nur einen Teil des allgemeinen Strafrechts und unterliegt daher, wie überhaupt, so auch hinsichtlich der Schuldfrage dessen allgemeinen Prinzipien.[12]) Dies ergibt sich mit voller Bestimmtheit aus der Stellung der im Strafgesetzbuch enthaltenen „Polizeiübertretungen", die, in den Abschn. 29 des zweiten Teiles aufgenommen, den Vorschriften des „Ersten Teiles" und daher den gewöhnlichen strafrechtlichen Grundsätzen überhaupt unterworfen sind.[13]) Mit dieser Einsicht ist der ganzen Deduktion der

---

[7]) Übersichten besonders bei Finger, Lb. S. 107/08; G. Meyer Bd. 1 S. 74/75; Meyer-Allfeld S. 26/27; Rosin S. 274/75.

[8]) HB. Bd. 1 S. 348.

[9]) So besonders Binding, N. I S. 410.

[10]) Merkel, Abh. S. 95, 99, 100, Lb. S. 45/46; Finger, Lb. S. 108; Hälschner Bd. 1 S. 35; O. Mayer Bd. 1 S. 319; v. Liszt S. 117; v. Rohland S. 5/6; Rosin S. 275 u. a. — Die Unzulänglichkeit dieser sogen. abstrakten Gefährdungstheorie hat Goldschmidt, Begr. S. 11—13, VStrV. S. 456 f. nachgewiesen.

[11]) vgl. unten § 4.

[12]) vgl. Rosin S. 275/76; Binding, N. II S. 447 f.; Goldschmidt, VStrR. S. 437 f.; O. Meyer Bd. 1 S. 320; G. Meyer Bd. 1 S. 75; Beling, Gr. S. 51; Bruck S. 53; Rotering, G. A. Bd. 31 S. 350. Ebenso RGE. Bd. 38 S. 104.

[13]) Lucas S. 132 f.; Mot. z. StGB. S. 87.

Boden entzogen; wer für die Bestrafung des einfachen Bankerutts von jedem Verschulden absehen will, kann dies jedenfalls nicht mit dessen „polizeilicher Natur“ begründen.

b) Die Bedenken hinsichtlich der Fahrlässigkeit insbesondere.

§ 3.

1. Die Struktur des objektiven Tatbestandes.

Weit bedeutsamer sind die Einwände, die unter grundsätzlicher Anerkennung des Schulderfordernisses gerade die fahrlässige Begehung für unmöglich erklären. Sie stützen sich sämtlich auf die Struktur des objektiven Tatbestandes, und diese ist daher zunächst klarzustellen. Hierbei können und müssen auch die für die Tatseite des betrüglichen Bankerutts (§§ 239 KO. = § 209 a. KO.) aufgestellten Ansichten berücksichtigt werden, weil das Gesetz den Unterschied beider Arten wesentlich nur auf das subjektive Gebiet verlegt,[1]) indem es beim betrüglichen, aber nicht beim einfachen Bankerutt die Absicht der Gläubigerbenachteiligung erfordert.

§ 240 KO. stellt für die Strafbarkeit objektiv zwei Voraussetzungen auf: die Zahlungseinstellung des Schuldners bezw. die Eröffnung des Konkursverfahrens über sein Vermögen und die Vornahme einer der in den Ziff. 1—4 bezeichneten Handlungen, der sogen. Bankerutthandlungen, durch ihn. Die Bedeutung dieser Erfordernisse hängt davon ab, in welchem Verhältnis sie zueinander stehen.

Besonders nahe läge die Auffassung, daß die Zahlungseinstellung (Konkurseröffnung) nicht um ihrer selbst willen, sondern wegen der ihr regelmäßig zugrunde liegenden Zahlungsunfähigkeit zur Voraussetzung der Bestrafung gemacht sei, und daß letztere den Erfolg der Bankerutthandlung bilden müsse. Der Schuldner wäre danach zu bestrafen, wenn die Zahlungseinstellung (Konkurseröffnung) ihren Grund in der von ihm schuldhaft herbeigeführten Zahlungsunfähigkeit hätte. Hierfür scheint auch die Geschichte der deutschen Bankeruttstrafgesetzgebung zu sprechen; denn von seinem

---

[1]) vgl. v. Rohland S. 38.

ersten Auftreten an erscheint der einfache Bankerutt als verschuldete Insolvenz.[2]) Diese Auffassung findet sich außer in den Reichspolizeiordnungen von 1548 und 1577 in allen deutschen Partikularrechten dieser und der folgenden Zeit bis zum Beginne des 19. Jahrhunderts, und sie ist auch in alle späteren Landesgesetzbücher übergegangen, soweit sie nicht von dem französischen Recht beeinflußt worden sind. Aber — und das ist das Entscheidende — die dem code de commerce nachgebildeten Gesetze, also auch das Reichsstrafgesetzbuch und das dritte Buch der Konkursordnung, haben diesen grundsätzlichen Standpunkt bewußt verlassen, und zwar offenbar wegen der mit ihm verbundenen Beweisschwierigkeiten.[3]) An die Stelle der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners sind die unverkennbaren Momente der Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung[4]) getreten, und von dem Erfordernis einer ursächlichen Verknüpfung zwischen der Bankerutthandlung und der Zahlungseinstellung (Konkurseröffnung) oder gar der Zahlungsunfähigkeit ist abgesehen worden. Letzteres folgt deutlich daraus, daß im Gesetze der Kausalzusammenhang nicht erwähnt wird. Denn da dieser nicht von Natur aus ein Begriffsmerkmal des Bankeruttdeliktes ist — solche Merkmale vermag eben nur die Rechtsordnung selbst zu schaffen —, so hätte er andernfalls unzweideutig für erforderlich erklärt werden müssen. Tatsächlich wird nun zwar in der Regel ein solcher Zusammenhang bestehen; aber dies ist nur das Motiv der Gesetzesvorschrift, das als solches außerhalb des positiven Rechtes liegt.

Nichtsdestoweniger ist die Notwendigkeit einer Kausalität der Bankerutthandlung für die Insolvenz des Schuldners behauptet worden; da sich dies aber bei dem klaren Wortlaut des Gesetzes nicht direkt hineininterpretieren läßt, nehmen die Vertreter dieser Ansicht eine gesetzliche Vermutung jenes Zusammenhanges[5]) an.

---

[2]) v. Hoiningen S. 21 f.; Neumeyer S. 61 f.

[3]) Weber, GS. Bd. 65 S. 75/76 und die oben S. 1 Zitierten.

[4]) Mot. z. KO. (bei Hahn Bd. 4 S. 450).

[5]) So Neumeyer S. 129 f. (für den einfachen Bankerutt); Loening S. 117; Reichart S. 259 f. (für den gesamten Bankerutt). Ferner für den entsprechenden § 261 preuß. StGB. Hälschner, G. A. Bd. 18 S. 672 (der aber, Syst. Bd. 2 S. 409, Text und N. 3, diese Ansicht aufgegeben hat); Köstlin, G. A. Bd. 5

Neumeyer beruft sich hierfür auf die geschichtliche Entwicklung, die aber, wenn man die durch das französische Recht vollzogene Umgestaltung der Bankeruttlehre richtig betrachtet, gerade auf die Unzulässigkeit einer solchen Präsumtion hinzuweisen scheint.[6]) Denn in dieser liegt das Zugeständnis, daß sich das reine Gesetzeswort mit der geschichtlich begründeten Auffassung nicht ohne weiteres vereinigen läßt; übersehen wird aber, daß zur Überbrückung des Gegensatzes die Annahme einer nicht ausdrücklich im Gesetze statuierten Vermutung, schon an sich mit dem Wesen des Strafrechts kaum verträglich, nicht geeignet ist. Entweder nämlich läßt man gegen sie unbeschränkten Gegenbeweis zu[7]) — dann erhält man notwendig Ergebnisse, die dem Willen des Gesetzes widersprechen; oder man schließt den Gegenbeweis ganz oder zum Teile[8]) aus — und kommt damit zu einem für das positive Recht mangels besonderer Anerkennung unverwertbaren Gebilde. Denn zum Wesen der Vermutung als eines nicht bestimmten Wissens gehört die Widerleglichkeit; und die Aufstellung einer praesumtio iuris et de iure kann zwar zum Verständnis des gesetzlichen Gedankenganges dienen, ist aber zur Ableitung materieller Rechtsfolgen schlechterdings nur dann brauchbar, wenn das Gesetz selbst sie unverkennbar ausspricht. Besteht also wirklich eine Unstimmigkeit zwischen dem Gesetz und der Geschichte, dann bleibt wegen der unbedingten Autorität des ersteren nichts anderes übrig, als auf die Heranziehung des historischen Elements zu verzichten. Überdies hat die Annahme einer gesetzlichen Vermutung noch die Wirkung, daß sie zur Erklärung ihrer Rechtsfolgen weitere Vermutungen erfordert und zur Errichtung eines mehr oder weniger ausgedehnten „Präsumtionenbaues“[9]) führt, dessen Unnatürlichkeit

---

S. 743. Dagegen scheint Kohler nach einer gelegentlichen Äußerung (Gr. Z Bd. 13 S. 54) den Kausalzusammenhang wirklich, nicht nur präsumtiv für erforderlich zu halten; vgl. auch Köstlin, Abh. S. 368.

[6]) Binding, Lb. Bd. 1 S. 439 N. 4; Petersen S. 683; Weber, GS. Bd. 68 S. 75/76.

[7]) So grundsätzlich Reichart S. 261.

[8]) Dies tut Neumeyer S. 134, der den Gegenbeweis nur zuläßt, soweit die Zahlungsunfähigkeit „unter den gegebenen Umständen — rein abstrakt betrachtet –“ durch die betreffende Handlung nicht verursacht sein kann.

[9]) Reichart (S. 274) erwägt, ob man dem Schuldner gestatten solle, „die

keiner Begründung bedarf. Ebensowenig wie auf die Geschichte läßt sich das Erfordernis des Kausalzusammenhanges auf die gesetzliche Bezeichnung des Delikts stützen; man kann nicht mit Neumeyer[10]) aus dem Begriffe des einfachen Bankerutts „in seinem natürlichen Sinne" schließen, daß der Schuldner wegen Verursachung seiner Zahlungsunfähigkeit bestraft werde. Zuzugeben ist freilich, daß der Ausdruck „Bankerutt" im Sprachgebrauche des täglichen Lebens ungefähr die ihm hiermit zugesprochene Bedeutung hat. Aber abgesehen davon, daß diese nicht eindeutig ist, gibt Neumeyer selbst (S. 30) zu, daß sie dem technischen Sinne des Wortes nicht entspricht; und in der Tat kann daraus, daß das Gesetz einem seiner Deliktstatbestände einen mit der üblichen Ausdrucksweise nicht übereinstimmenden Namen gegeben hat, nicht auf seine Auffassung von dem Wesen dieses Delikts geschlossen werden;[11]) ist es doch z. B. heute[12]) allgemein anerkannt, daß der technische Begriff des „betrüglichen" Bankerutts mit dem Betruge nichts gemein hat.

Es ist demnach der durchaus herrschenden[13]) Meinung darin beizustimmen, daß ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Bankerutthandlung einer- und der Zahlungseinstellung, Konkurseröffnung oder Zahlungsunfähigkeit andrerseits nach geltendem

---

Präsumtion, daß er durch eine präsumierte Handlung in präsumierter Schuld einen präsumierten Zustand ... herbeigeführt ... habe, ... zu zerstören". Gegen diesen „Mißbrauch" Binding, Lb. Bd. 1 S. 427 N. 3.

[10]) S. 131; vgl. Reichart S. 259.

[11]) vgl. Olshausen Erl. 5 zu § 239 (S. 1511); Rehm S. 895; Wolff S. 27.

[12]) Anders das ALR. und die meisten Gesetze der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts, auch die Wissenschaft dieser Zeit; vgl. Köstlin, G. A. Bd. 5 S. 731. Ähnlich noch heute Rehm S. 896.

[13]) Besonders Seeger S. 142 f.; ferner z. B. Berner S. 612; Binding, LB. I S. 427; Cohn S. 203; Geyer Bd. 2 S. 65; Jaeger Anm. 4 zu § 240 (S. 960); Kleinfeller, GS. Bd. 43 S. 161; v. Liszt S. 459; Merkel, H. H. III S. 819/20; Meyer-Allfeld S. 495; Olshausen Erl. 2 zu § 240; Petersen S. 682/83 und die dort zit. Entsch. d. RG.; Rudorff Erl. 2 zu § 210 a. KO.; Rupp S. 62; Schmidt S. 132—136 (Text u. N. 2); Stenglein, NGes. Erl. 2 zu § 240 (S. 699); v. Völderndorff S. 15; Wach S. 64/65, 81 N. 2; v. Wilmowski Erl. 2 zu §§ 239/40; B. Wolff S. 20.

Recht[14]) zum Tatbestande des einfachen Bankerutts nicht erforderlich ist. Dies ergibt sich auch schon daraus, daß nach der Fassung des Gesetzes die Zahlungseinstellung unzweifelhaft auch der Bankerutthandlung vorangehen kann.[15])

Wenn dagegen Neumeyer (S. 131) meint, ein Verzicht auf das Kausalitätserfordernis entspreche nicht der Logik, weil dann ein „Konglomerat unverbundener Tatbestandsmerkmale"[16]) die Strafbarkeit begründen würde, so ist vor allem zu erwidern, daß eine völlige Unverbundenheit, die in der Tat zu Widersinnigkeiten führen müßte, nicht besteht. Irgendein Zusammenhang zwischen der Bankerutthandlung und der Zahlungseinstellung (Konkurseröffnung) muß angenommen werden, weil sich sonst die Nebeneinanderstellung gerade dieser Voraussetzungen nicht erklären ließe. Welcher Art aber dieser Zusammenhang sei, ist streitig; die Gegensätze, die hier herrschen, sind jedoch zum Teil nur formelle, da die im Ausdruck divergierenden Ansichten häufig inhaltsgleich sind. Abzulehnen, weil nicht aus dem Gesetze zu begründen, ist jedenfalls die Auffassung derer, die einen inneren materiellen Zusammenhang irgendwelcher Art für erforderlich halten. Dazu gehört wohl v. Sarwey,[17]) der „eine innere Beziehung insofern" verlangt, „als die Bankerutthandlung sich auf diejenige Vermögenslage des Schuldners beziehen muß, aus welcher die Zahlungseinstellung hervorgegangen ist". Ähnlich meinen Meves (S. 381) und Schmidt (S. 138), daß die Zahlungseinstellung (Konkurseröffnung) und die Bankerutthandlung „sich auf dieselben, die Zahlungseinstellung bedingenden Tatsachen beziehen müssen";[18]) v. Rohland (S. 77) verlangt wenigstens negativ,

---

[14]) Ob man von einem mit der positivrechtlichen Ausgestaltung des einfachen Bankerutts nicht übereinstimmenden „Wesen" reden kann — Meves S. 380; ähnlich Binding, Lb. I S. 426; v. Liszt S. 457 —, kann hier dahingestellt bleiben.

[15]) Henle-Schierlinger Erl. 8 zu § 239; Meyer-Allfeld S. 494; Merkel, H. H. III S. 824; Petersen S. 703 (allerdings mit Einschränkungen); Reichart S. 263; Stenglein Erl. 2 zu § 240; Wach S. 64 u. a.; and. M. Cohn S. 209 (gegen ihn Binding, Lb. I S. 439 N. 5) und von seiner Grundauffassung Neumeyer S. 137.

[16]) Neumeyer S. 129.

[17]) Erl. 9 zu § 239.

[18]) Ähnlich Petersen S. 683; Freund S. 13/14; Weber, GS. Bd. 65 S. 106.

daß der Erfolg (als den das Gesetz sich die Zahlungseinstellung [Konkurseröffnung] denke), nicht aus „einem ganz anderen als dem mit der Handlung des Verbrechers in Verbindung stehenden Ursachenkomplex hervorgegangen sein darf".[19]) Alle diese Einschränkungen mögen im Interesse der materiellen Gerechtigkeit höchst wünschenswert sein, aber dem Gesetze sind sie, wie erwähnt fremd.[20]) Dagegen kann und muß mindestens ein zeitlicher Zusammenhang verlangt werden.[21]) Dies entspricht der herrschenden Ansicht,[22]) die sich zur Begründung gewöhnlich auf den Wortlaut des Gesetzes beruft;[23]) unmittelbar hieraus ergibt es sich indessen kaum,[24]) wohl aber, wenngleich vielleicht etwas gezwungen, aus einer grammatischen Betrachtung. Das Gesetz gebraucht nämlich zur Bezeichnung der Geschehnisse, von denen es die Bestrafung abhängig macht, die Perfektform, und diese deutet häufig nicht auf eine vergangene Handlung als solche, sondern auf den aus ihr sich ergebenden gegenwärtigen Zustand hin. Man kann daher den § 240 wohl auch so lesen: „Schuldner, welche sich im Zustande des Konkurses oder der allgemeinen Nichterfüllung ihrer Verbindlichkeiten befinden, werden beim Vorliegen des aus ihrer Bankerutthandlung hervorgegangenen Zustandes ... bestraft"; und daraus ergäbe sich das gewöhnlich betonte, in seiner Fassung nicht ganz klare[25]) Erfordernis des „gleichzeitigen Vorliegens" der Zahlungseinstellung (Konkurseröffnung) und der Bankerutthandlung. Eine Bestrafung ist daher z. B. ausgeschlossen, wenn die

[19]) Hiergegen auch Neumeyer S. 133; Reichart S. 264.

[20]) Merkel, H. H. III S. 820; Wach S. 71 (vgl. S. 98: Forderung inneren Zusammenhanges de lege ferenda).

[21]) Inhaltlos ist die Formel v. Schwarzes Erl. 3b zu § 209 a. KO. („in Beziehung zueinander"); ähnlich RGE. Bd. 27 Bd. 318/19 (eine „objektive Beziehung").

[22]) Besonders Merkel, H. H. III S. 820, H. RL. I S. 227; Olshausen Erl. 2 zu § 240; Rudorff Erl. 32 zu § 210 a. KO.; Stenglein Erl. 2, 3 zu § 240.

[23]) z. B. Merkel a. a. O.; Meves S. 381.

[24]) Auch nicht aus der Annahme der Möglichkeit eines befreienden Rücktritts (Binding, Lb. I S. 435; Frank Erl. IV zu § 240). Denn einen allgemeinen Strafaufhebungsgrund dieser Art gibt es nicht (v. Liszt S. 285), und im Gesetze wird davon nichts erwähnt.

[25]) Denn was ist unter dem „Vorliegen" einer Handlung zu verstehen? Vgl. auch Merkel, H. RL. I S. 227.

Bankerutthandlung nach Wiederaufnahme der Zahlungen bezw. nach Beendigung des Konkurses vorgenommen wird.

Die beiden gesetzlichen Voraussetzungen für die Entstehung des Strafanspruchs stehen also nicht völlig isoliert nebeneinander, aber es ist auch keine wegen eines ursächlichen Zusammenhanges oder mit Rücksicht auf den Sprachgebrauch der anderen übergeordnet. Daraus ist gefolgert worden, sie müßten innerhalb des objektiven Tatbestandes von gleicher Bedeutung[26]) sein; eine andere Meinung dagegen will die Zahlungseinstellung (Konkurseröffnung) als bloße Bedingung der Strafbarkeit aus dem Tatbestande ausscheiden, eine dritte gerade in ihr unter Ausschluß der Bankerutthandlungen die eigentliche deliktische Handlung sehen.[27]) Diese Kontroverse[28]) ist auch für die Schuldfrage von besonderer Bedeutung.

Der Streit dreht sich fast ausschließlich um die Rechtsnatur der Zahlungseinstellung bezw. Konkurseröffnung. Denn hinsichtlich der Bankerutthandlungen kann, da sie doch eben Handlungen des Schuldners sind, nicht wohl daran gezweifelt werden, daß sie mindestens einen Teil des Deliktstatbestandes bilden. Eine andere Ansicht wird nur von Jaeger[29]) vertreten, der für die in Wahrheit verbrecherischen Handlungen die Zahlungseinstellung (Konkurseröffnung) ansieht, die Bankerutthandlungen dagegen lediglich als außerhalb des deliktischen Tatbestandes stehende „Indizien, Anzeichen der Schuld, ... die Bedingungen (Voraussetzungen), unter denen das Gesetz den Bankerutt ... für strafbar erklärt". Die erstere Behauptung erscheint wenigstens in dieser Form[30]) schon deshalb hinfällig, weil die Konkurseröffnung überhaupt keine und die Zahlungseinstellung in aller Regel keine

---

[26]) Petersen S. 681; v. Wilmowski Erl. 3 zu §§ 239, 240.

[27]) Ähnlich RGE. Bd. 13 S. 43: „Die Herbeiführung des Konkurses ist die schuldhafte Handlung des § 209" usw.; vgl. auch die bei Reichart S. 288 N. 9 zitierten Urteile.

[28]) Übersicht bei Olshausen Erl. 5 zu § 239 (S. 1510/11).

[29]) vgl. besonders Anm. 3 zu § 240 (S. 959), Vorbem. II 5 und II 7 zu § 239 (S. 939, 941).

[30]) In Anm. 1 zu § 240 (S. 959) erblickt Jaeger das Wesen des einfachen Bankerutts in der „Beschädigung der Gläubiger durch eine schuldhaft herbeigeführte Zahlungsunfähigkeit".

freiwillige Handlung des Schuldners ist.[31]) Das Gegenargument Jaegers (Anm. 11 zu § 239 S. 947), das Gesetz sei so zu lesen: „Schuldner, welche ihre Zahlungen eingestellt oder es so getrieben haben, daß der Konkurs über ihr Vermögen eröffnet wurde, werden . . . bestraft", ist nicht beweiskräftig. Denn damit ist zugegeben, daß eine Handlung des Schuldners sich nicht in der Konkurseröffnung selbst, sondern nur in einem sie veranlassenden Verhalten finden läßt; ein solches Verhalten aber kann, da es vom Gesetz nicht erwähnt wird, für die eigentlich deliktische Handlung jedenfalls so lange nicht angesehen werden, wie die Möglichkeit einer unmittelbar aus dem Gesetze zu entnehmenden, wenngleich von der geschichtlichen Überlieferung[32]) abweichenden Erklärung besteht. Die zweite, hier vor allem interessierende Behauptung der nichtdeliktischen Natur der Bankerutthandlungen stützt Jaeger (Vorbem. II 4 S. 938) zunächst darauf, daß es bei ihnen „an einem strafrechtlichen Erfolge, an einem bestimmten Rechtsgut, das durch die Handlung verletzt oder gefährdet wird", fehle, so daß hier die Schuld „einen relevanten Inhalt" nicht haben könne und es „platterdings unmöglich" sei, „die Bankerutthandlungen auf Vorsatz oder Fahrlässigkeit zurückzuführen und ihnen deliktischen Charakter beizulegen". Die Prämissen dieses Schlusses sind, wie im weiteren Verlauf der Darstellung zu zeigen sein wird, unzutreffend. Hier mag der Hinweis darauf genügen, daß nach Jaegers eigener Erklärung (Erl. 5 zu § 240 S. 960) das Gesetz die Bankerutthandlungen dem Täter „zur Schuld anrechnet" und bei ihnen — im Gegensatze zu der Zahlungseinstellung (Konkurseröffnung) — Schuldausschließungsgründe zuläßt, also sie doch wohl für schuldhaft begehbar erachtet.[33]) Daß die in den Bankerutthandlungen zum Ausdruck gelangende Schuld sich nicht auf die Bankerutthandlungen selbst, sondern auf die Verursachung der Zahlungseinstellung (Konkurseröffnung) bezw. der dadurch bewiesenen Zahlungsunfähigkeit beziehen soll — wie Jaeger konstruiert —, ist nicht recht verständlich. Denn wie könnte das

---

[31]) vgl. Binding, GS. Bd. 68 S. 9, 10; Cohn S. 204.

[32]) Diese kann nach dem in der Einleitung Bemerkten ohnehin erst vom code de commerce an berücksichtigt werden. Vgl. auch Freund S. 9 f.

[33]) Das führt auch B. Wolff (S. 31) gegen Jaeger an.

Gesetz aus dem Vorliegen der Handlung a folgern, daß die Handlung b schuldhaft begangen sei, wenn es zwischen a und b keinerlei inneren Zusammenhang voraussetzt (s. oben S. 11)? Wenn Jaeger ferner aus dem „unbestimmten Ausdruck des Gesetzes (Aufwand, Differenzhandel, Summen usw.)“ schließen zu können glaubt, „daß an eine Kriminalisierung der Bankeruttshandlungen nicht gedacht war“ (S. 939 Note 1), so ist dem entgegenzuhalten, daß sich ähnliche Kollektivbegriffe auch in anderen Strafbestimmungen[34]) finden, ohne daß an der Zugehörigkeit der so bezeichneten Handlungen zum Tatbestande des betreffenden Delikts Zweifel herrschen. Gegen Jaeger spricht schließlich auch seine Definition des „strafbaren Bankerutts: als der Verletzung der dem Schuldner obliegenden Pflicht, die zur Befriedigung der Gläubiger erforderlichen Mittel bereitzuhalten“ (Vorbem. II 7 S. 941). Denn da die hier genannte Pflicht des Schuldners, abgesehen etwa von den „Buchdelikten“, offenbar gerade durch die Vornahme der Bankerutthandlungen verletzt wird, so sind diese als die strafbaren Handlungen des § 240 KO., mithin als Tatbestandsmerkmale, anzusehen.

Die Bankerutthandlungen verlieren auch dadurch, daß sie nur „Einwirkungen auf den eigenen Vermögenszustand des Schuldners“ sind, nicht ihre Deliktsnatur. Dies scheint auch Jaeger nunmehr zuzugeben, da er die gegenteilige Behauptung (1. Aufl. S. 770) in die 2. Auflage seines Kommentars nicht hinübergenommen hat. Und in der Tat ist der Satz, daß „Einwirkungen auf den eigenen Vermögensstand“ nicht Gegenstand einer Strafdrohung sein können, nur richtig, sofern sich das Handeln in einer derartigen Einwirkung erschöpft; nicht mehr, wenn es zugleich einen Angriff auf rechtlich geschützte fremde Interessen enthält. Aber gerade dies ist bei den Handlungen des einfachen Bankerutts regelmäßig der Fall. Das Verbrauchen oder Schuldigwerden übermäßiger Summen mindert in unzulässiger Weise die Vermögensmasse, aus der die Gläubiger im Notfalle ihre Befriedigung suchen könnten; die unordentliche oder unterlassene Buchführung und die Verstöße gegen die Bilanzierungs-

[34]) vgl. z. B. § 176 StGB.: „unzüchtige Handlungen“; § 361 Ziff. 1 StGB.: „betteln“.

pflicht[35]) hindern einen Überbick über den status activorum et passivorum, verleiten dadurch den Kaufmann selbst zu unwirtschaftlicher Geschäftsführung und erschweren seinen Gläubigern den Nachweis ihrer Forderungen. Gemeinsam ist allen diesen Handlungen, daß sie regelmäßig die Möglichkeit einer nicht völligen Realisierung der Gläubigerforderungen naherücken, und in dieser, wenn auch nicht notwendig stets eintretenden Gefahr sieht das Gesetz den Anlaß zu strafrechtlichem Einschreiten. Da es aber andererseits nicht verkennt, daß die Gefahr in ihrer ganzen Größe erst hervortritt, wenn es zu einem Andrängen der gesamten Gläubigerschaft kommt oder gekommen ist, so macht es den staatlichen Eingriff davon abhängig, daß der Schuldner seine Zahlungen einstellt, oder daß der Konkurs über sein Vermögen eröffnet wird, gleichviel, ob die Bankerutthandlungen die Ursache dafür sind oder nicht. Auch diese Ereignisse brauchen noch keine Verletzung der Gläubiger darzustellen, wie sich insbesondere daraus ergibt, daß das Gesetz nach seinem Wortlaute bei der Zahlungseinstellung keine ihr zugrunde liegende Zahlungsunfähigkeit voraussetzt;[36]) ja es braucht im konkreten Falle hierdurch nicht einmal eine Gefährdung der Gläubiger eingetreten zu sein; es genügt, daß durch jene Geschehnisse in der Regel die als Folge einer Bankerutthandlung auftretende Gefahr in bedrohlicher Weise gesteigert wird.[37]) Der einfache Bankerutt ist ein generelles Gefährdungsdelikt.[38]) Diese Auffassung ist heute in der Literatur die über-

---

[35]) Die Delikte der Ziff. 3 u. 4 pflegt man zusammenfassend als „Buchdelikte" zu bezeichnen; vgl. Wach S. 65.

[36]) Ebenso Berner S. 609; Hälschner Bd. 2 S. 407; Henle Erl. 2 zu § 239; Merkel, H. H. III S. 819; Olshausen Erl. 2 zu § 240; Oppenhoff Erl. 2 zu § 239; Reichart S. 263; v. Schwarze Erl. 2a zu § 209 a. KO.; Stenglein, NGes. Erl. 9 zu § 239; Wach S. 47 u. a.; RGE. Bd. 3 S. 294; and. M. Goltdammer Bd. 2 S. 599; Jaeger Erl. 3 zu § 240; Neumeyer S. 136/37; v. Sarwey Erl. 1 zu § 239; v. Wilmowski Erl. 9 zu §§ 239, 240.

[37]) Petersen S. 680.

[38]) v. Rohland S. 33—35. Es ist hier nicht mit v. Rohland (S. 14—17) unterschieden worden zwischen genereller, d. h. aus dem Gattungsbegriff eines Delikts folgender, und abstrakter, d. h. nur regelmäßig mit ihm verbundener Gefährdung; die Unterscheidung beruht, wie v. Rohland (S. 17) selbst zugibt, nur auf dem Maße der Abstraktion, ist also nur quantitativ. Vgl. Hälschner Bd. 2 S. 599, 600.

wiegende; diejenigen Schriftsteller, die zur Vollendung des einfachen Bankerutts eine Verletzung der Gläubigerrechte verlangen,[39] beachten nicht, daß zum gesetzlichen Tatbestand nicht einmal eine konkrete Gefahr, geschweige denn eine Rechtsverletzung gehört; daß mit der Zahlungseinstellung (Konkurseröffnung) fast immer eine Verletzung tatsächlich verbunden sein wird,[40] kommt hierbei nicht in Betracht.

Ist aber das Gesagte richtig, dann können die Bankerutthandlungen keineswegs, wie Jaeger annimmt, der Deliktsnatur entbehren; sie werden vielmehr vom Gesetz schon um der regelmäßig in ihnen liegenden Gefährdung willen zu verbrecherischen gestempelt, und sie erhalten diesen Charakter nicht erst mit Rückwirkung durch eine ihnen etwa folgende Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung. Der Auffassung der Bankerutthandlungen als eines schon an sich deliktischen Verhaltens steht auch nicht die Geschichte entgegen, auf die Jaeger sich schließlich noch beruft; denn gerade durch das planmäßige Abgehen von dem Kausalitätserfordernis (oben S. 8 ff.) zeigt das Gesetz, daß es den Bankerutthandlungen selbständige Bedeutung zuerkennt.

Weit streitiger ist, wie schon angedeutet, ob zum Tatbestande außer der Bankerutthandlung auch die Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung gehöre. Man bringt diese Frage gewöhnlich in die Formel: Ist die Zahlungseinstellung (Konkurseröffnung) Tatbestandsmoment oder bloße Bedingung der Strafbarkeit? Gegen diese Art der Fragestellung wendet sich Binding (Lb. I S. 428 N. 2) unter Hinweis auf die Unsicherheit des Tatbestandsbegriffes, infolge deren jede Ansicht zum Teil berechtigt sei; zähle man zu den Tatbestandsmomenten die Merkmale der schuldhaften Handlung, so sei die vorangehende Zahlungseinstellung Tatbestandsmerkmal, die nachfolgende Bedingung der Strafbarkeit. Allein dies beweist eben nur, wie verschieden die Begriffe, um die es sich hier handelt, bestimmt werden; offenbar

---

39) Cohn S. 202; v. Liszt S. 457/58; Neumeyer S. 154; Rupp S. 61; Schmidt S. 115/16 (s. aber S. 126); v. Völderndorff S. 27 f.; Wachenfeld S. 308; Weber, GS. Bd. 62 S. 373; v. Wilmowski Erl. 1 zu §§ 239, 240; B. Wolff S. 11—13.

40) And. M. freilich Schmidt S. 116.

bezwecken die streitenden Parteien selbst eine scharfe Gegenüberstellung in der Art, daß die Zahlungseinstellung (Konkurseröffnung) entweder auf der einen oder der anderen Seite ausschließlich unterzubringen ist. Daher treffen auch diejenigen den Kern der Streitfrage nicht, die die Zahlungseinstellung (Konkurseröffnung) weder als das eine noch als das andere auffassen.[41]) Aber — und das erschwert das Eindringen besonders — auch bei denen, die ausdrücklich zu der Kontroverse Stellung nehmen, herrscht über den Sinn, der jenen Schlagwörtern zu geben ist, keineswegs Einverständnis, und so kommt es, daß hier vielfach Gegner bekämpft werden, die es nur der Form nach sind. Eine Fixierung der streitigen Begriffe ist daher unbedingte Voraussetzung jeder weiteren Untersuchung.

Die Vieldeutigkeit des Ausdruckes „Tatbestand", der, ursprünglich allein dem Prozeßrecht angehörend,[42]) gegenwärtig auch im materiellen Zivil- und Strafrecht eine große Rolle spielt, ist ebenso bekannt wie die lebhaften Angriffe, die er deswegen gefunden hat.[43]) Noch heute sind in der Wissenschaft des Strafrechts mindestens drei Verwendungen dieses Begriffes zu unterscheiden.

a) Im weitesten Sinne hat er dieselbe Bedeutung wie im Zivilrecht. Wie man dort als Tatbestand die Gesamtheit der Umstände bezeichnet, an deren Vorliegen die Rechtsordnung Rechtsänderungen knüpft, so versteht man hier darunter den Inbegriff der Voraussetzungen für die Entstehung eines subjektiven Strafrechts, oder wenigstens den Teil von ihnen, der dem betreffenden Verbrechen eigentümlich ist. Diese Auffassung findet sich, allerdings mit starken Abweichungen, in der Formulierung, z. B. bei Binding,[44]) der so den „ersten Teil des Strafgesetzes" nennt, ferner bei Finger (Lb. S. 115), der ihn als die Gesamt-

---

[41]) Wie z. B. Reichart S. 256/57, der darin ein Symptom für die von ihm als Ersatz der Bankerutthandlung präsumierte Zahlungsunfähigkeit sieht. Ähnlich Frank Erl. I zu § 239; Meyer-Allfeld S. 492 N. 3.

[42]) Binding, HB. S. 179 N. 2.

[43]) Besonders durch Schütze (S. 86/87), der ihn als „eine unbestimmte und unbestimmbare Redensart" bezeichnet.

[44]) Binding, N. I S. 188, HB. S. 179, Gr. S. 65, GS. Bd. 68 S. 3; vgl. dazu Beling, Vbr. S. 2 N. 2.

heit der Delikts- und Strafbarkeitsmerkmale definiert,[45]) und besonders bei v. Wächter (S. 128), der zum objektiven Tatbestande alles rechnet, „was in Beziehung auf die äußere Tat und sonst in objektiver Hinsicht zum Verbrechen erfordert wird".

β) Der Tatbestand in dem eben angegebenen Sinne wird in der Regel mit der verbrecherischen Handlung zusammenfallen; ausnahmsweise aber müssen zu dieser, um den staatlichen Strafanspruch zu begründen, noch andere Momente hinzutreten, denen dann — als den bloßen Bedingungen der Strafbarkeit — von der heute im Prinzip herrschenden Meinung der Tatbestand als die Summe der Merkmale der deliktischen Handlung gegenübergestellt wird.[46]) Innerhalb des Tatbestandes pflegt man nach dieser Auffassung einen objektiven und einen subjektiven[47]) zu unterscheiden, ferner einen allgemeinen und einen besonderen, von denen jener allen Verbrechen zukommt, dieser nur einer bestimmten Verbrechensart.

γ) Der besondere Tatbestand in diesem Sinne ist für Beling (Vbr. S. 3, 111, Gr. S. 30), „der" Tatbestand; er bestimmt ihn als den „Inbegriff der Merkmale, die ergeben, um welches Verbrechen es sich typisch handelt"; demgemäß scheidet der gesamte subjektive Tatbestand, die Rechtswidrigkeit usw. aus.

Von den aufgezählten Begriffsbestimmungen entspricht dem geltenden Strafrecht offenbar diejenige, die sich mit dem Tatbestandsbegriffe des Strafgesetzbuchs deckt. Hier wird der gesetzliche Tatbestand nur an einer Stelle, in dem vom Irrtum über Tatumstände handelnden § 59, erwähnt. Aus diesem ergibt sich per argumentum e contrario,[48]) daß seine objektiven Merkmale vom

---

[45]) Andererseits kennen auch Binding und Finger (vgl. diesen im GS. Bd. 50 S. 43) tatbestandsfremde Bedingungen der Strafbarkeit und nähern sich dadurch der Ansicht zu *β*.

[46]) vgl. Frank Erl. I vor § 1; Meyer-Allfeld S. 30; Merkel, Lb. S. 34; Wach, L. Techn. S. 54/55; Binding (HB. S. 179) hebt aus dem weiteren Tatbestandsbegriff dessen „eisernen Bestand", die verbrecherische Handlung als „verbrecherischen Tatbestand" hervor.

[47]) Gegen diesen Begriff Beling, Vbr. S. 178.

[48]) Diejenigen, die wie v. Hippel (Vorsatz S. 517, Grenze S. 143 f.) diesen Schluß verwerfen, stimmen im Ergebnisse meist überein.

Verschulden in der Form des Vorsatzes oder der Fahrlässigkeit umfaßt sein müssen,[49] daß also jedenfalls der unter α behandelte Begriff dem positiven Rechte nicht entspricht. Denn da es unbestreitbar Verbrechen gibt, bei denen vom Täter unverschuldete Umstände den Strafanspruch mitbegründen (z. B. das Bestehen eines ausländischen Strafgesetzes im Falle des § 4 Ziff. 3 StGB.), so muß jene Auffassung zur Annahme „objektiver Tatbestandsmomente“[50]) führen, die mit dem geltenden Rechte nicht im Einklang steht. Von den sonach übrig bleibenden Auffassungen zu β und γ verdient die erstere deshalb den Vorzug, weil das Gesetz keine einschränkende Bemerkung enthält, aus der zu entnehmen wäre, daß das Verschulden in bezug auf ein Merkmal des „allgemeinen objektiven Tatbestandes“[51]) nach anderen Grundsätzen behandelt werden solle.

Dem so gewonnenen Begriff des Tatbestandsmoments entspricht der der bloßen Bedingung der Strafbarkeit. Man hat darunter alle strafanspruchbegründenden, aber nicht zum Tatbestande gehörenden Tatsachen zu verstehen, gleichviel, welche Bezeichnung man ihnen gibt.[52]) Bestritten ist hierbei nicht nur, welche in den Strafgesetzen enthaltenen Tatsachen im einzelnen dazu gehören, sondern der Begriff selbst wird von denen, die objektive Tatbestandsmomente anerkennen, erheblich eingeschränkt. So wird z. B. die Ansicht vertreten,[53]) „äußere Bedingungen der Strafbarkeit“ müßten im Augenblicke der Handlung gegeben sein; gerade diese Einengung aber erscheint unzulässig, da die Künftigkeit — nicht nur im Zivilrecht — zum Begriffe der Bedingung gehört.[54])

---

[49]) vgl. Birkmeyer S. 1180; Beling, Vbr. S. 64; Kohlrausch S. 132; Meves S. 388; Neumeyer S. 127.

[50]) So Oetker, GS. Bd. 64 S. 23; Blum S. 16; Finger, Lb. S. 117, GA. Bd. 50 S. 52/53 („symptomatische Tatbestandsmerkmale“), allerdings nicht mit Bezug auf das im Texte gegebene Beispiel. Dagegen Beling, Vbr. S. 63/64.

[51]) z. B. die Rechtswidrigkeit, wenn man deren Kenntnis zum Vorsatze für erforderlich hält.

[52]) Beling (Vbr. S. 52, Gr. S. 66 f.) spricht hier (unter Zugrundelegung seines Tatbestandbegriffes) von Strafdrohungsbedingungen.

[53]) Binding, HB. S. 596; Finger, Lb. S. 120, GA. Bd. 50 S. 52.

[54]) Gegen Binding, der dies übrigens jetzt anerkennt (GS. Bd. 68 S. 6 f.)

Wendet man das bisher Gefundene auf die Frage nach der Bedeutung der Zahlungseinstellung (Konkurseröffnung) an, so ergibt sich zunächst, was den Stand der Meinungen betrifft, daß zwar formell die Zahlungseinstellung (Konkurseröffnung) überwiegend für ein Tatbestandsmerkmal erklärt wird, sachlich aber viele Vertreter dieser Ansicht gerade den entgegengesetzten Standpunkt einnehmen. Besonders deutlich wird dies bei v. Schwarze (Erl. 3e zu § 209 a. KO.), nach dem die Zahlungseinstellung „nicht ein Element in der strafbaren Handlung selbst, sondern nur eine ... Voraussetzung für die angedrohte Strafe bildet und daher in dieser Richtung ein Tatbestandsmoment ist“. Ähnlich zählen z. B. Wach (S. 70), Weber (GS. Bd. 65 S. 81), Oetker (GS. Bd. 64 S. 75), Stenglein (Erl. 11 zu § 239, 2 zu § 240), Blum (S. 27/28) die Zahlungseinstellung (Konkurseröffnung) zu den objektiven Tatbestandserfordernissen, der zuerst Genannte unter ausdrücklicher Verwendung eines weiteren Tatbestandsbegriffes (a. a. O. N. 1), und Binding nimmt sie ausdrücklich von der deliktischen Handlung aus.[55])

Zählt man dazu diejenigen, die, den Ausdruck Tatbestandsmerkmal vermeidend, die Zahlungseinstellung entweder ausdrücklich oder doch mit unverkennbaren anderen Ausdrücken eine bloße Bedingung der Strafbarkeit nennen,[56]) und scheidet man diejenigen Autoren aus, die ihre Behauptung, die Zahlungseinstellung (Konkurseröffnung) sei ein Tatbestandsmerkmal, nicht begründen,[57]) so ergibt sich, daß die herrschende Lehre in ihr ein außerhalb des Tatbestandes liegendes Moment sieht.

Die Gründe derjenigen, die die Zahlungseinstellung auch

---

und auch den Bankerutt als ein bedingtes Verbrechen bezeichnet, vgl. Wach, L. Techn. S. 52 N. 2.

[55]) Lb. I S. 428; anders N. II S. 480 („indifferenter Tatbestandteil“).

[56]) Beling, Vbr. S. 54, 59 (Text u. N. 4); Birkmeyer S. 1180; Cohn S. 204 (aber mit schwankender Terminologie, vgl. S. 209); Freund S. 14; Geyer Bd. 2 S. 65; v. Liszt S. 459; Merkel, HH. Bd. 3 S. 819—21; Meyer-Allfeld S. 493/94; Olshausen Erl. 5 zu § 239; Oppenhoff Erl. 24 zu § 239; Rehm S. 894/95.

[57]) v. Sarwey Erl. 1 zu § 239; Henle Erl. 2 zu § 239; K. Meyer Erl. 1 zu § 239; Goltdammer Bd. 2 S. 596.

materiell für ein Tatbestandsmerkmal, d. h. für ein „Element der Handlung", erklären,[58]) müssen um so eher geprüft werden, als es für die Entscheidung der Frage, ob ein Umstand zum Tatbestande gehört oder nicht, keine allgemeingültigen Kriterien gibt. An sich ließe sich auch die Zahlungseinstellung ebensowohl als Glied der Handlung wie als außerhalb stehende Tatsache denken. Insbesondere spricht ein Bedenken, das oben S. 13, 14 gegen die Auffassung, sie sei die einzige Tatbestandshandlung, angeführt werden konnte, nicht dagegen, sie als Merkmal dieser Handlung zu betrachten — das Bedenken nämlich, daß sie regelmäßig eine erzwungene bezw. überhaupt keine Handlung des Schuldners ist.[59]) Denn die Handlung könnte darin bestehen, daß der Delinquent „im Hinblick" oder „mit Rücksicht" auf die geschehene oder demnächstige Zahlungseinstellung (Konkurseröffnung)[60]) übermäßige Summen durch Aufwand usw. verbrauchte oder ein Buchdelikt beginge; und dann wäre die Zahlungseinstellung (Konkurseröffnung) ein Merkmal der Handlung und müßte von der Schuld umfaßt sein. Man darf es mit Wach (L. Techn. S. 54) bedauern, daß das Gesetz nicht schon durch seine Fassung Zweifel in dieser Hinsicht ausgeschlossen hat; sein gegenwärtiger Wortlaut verweist auf den Weg der Auslegung. Leitsätze für eine solche stellt Beling (Vbr. S. 59, 60) auf, der die Zahlungseinstellung zu den „Strafdrohungsbedingungen" rechnet. Aber so gewiß diesen Sätzen im allgemeinen unbedenklich zuzustimmen ist, so gewiß dürfte es auch sein, daß sie nicht mit voller Sicherheit zu den von Beling gewonnenen Ergebnissen führen. Zu den „Umständen, die mit dem täterischen Verhalten nur in lockerem Zusammenhange stehen", läßt sich die Zahlungseinstellung (Konkurseröffnung) schwerlich rechnen, denn regelmäßig steht sie damit im engsten, nämlich im

---

[58]) Berner S. 611 N. 2; Hälschner Bd. 2 S. 408, 414; G. A. Bd. 18 S. 671/72; Kleinfeller, GS. Bd. 43 S. 161; Merkel, Lb. S. 333; Meves S. 304; Neumeyer S. 171; Petersen S. 681; Schmidt S. 130/31; v. Wilmowski Erl. 3 zu §§ 239, 240. Grundsätzlich auch das RG.; vgl. die bei Olshausen Erl. 5 zu § 239 (S. 1509) zitierten Entscheidungen.

[59]) Damit argumentieren Cohn S. 204; Rehm S. 894.

[60]) Dies behaupten in der Tat, wenigstens für den betrüglichen Bankerutt, Binding, Lb. I S. 435; Merkel, H. H. III S. 819; Oppenhoff Erl. 28, 30 zu § 239.

ursächlichen Zusammenhange, wenngleich dies nicht mehr zum Tatbestande gehört. Auch daß die Zahlungseinstellung „nicht vor der Handlung liege", trifft in dieser Allgemeinheit nicht zu (s. oben S. 11). Und wenn Beling sie schließlich zu den Tatsachen zählt, die „für sich allein außerhalb der strafrechtlichen Sphäre liegende Vorkommnisse darstellen", so ist, wie schon Hälschner (G. A. Bd. 18 S. 671) betont hat, darauf hinzuweisen, daß die Gegner dies mit gleichem Rechte von den Bankerutthandlungen behaupten könnten und behauptet haben;[61]) eine sichere Entscheidung hierüber läßt sich eben erst nach Beantwortung der vorliegenden Frage fällen. Immerhin machen diese Argumente in ihrer Gesamtheit es mindestens wahrscheinlich, daß das Gesetz die Zahlungseinstellung (Konkurseröffnung) nur als Bedingung der Strafbarkeit ansieht; und diese Wahrscheinlichkeit wird zur Gewißheit erhoben durch eine Äußerung des Gesetzes selbst. § 244 KO. erklärt nämlich die Vorschriften der §§ 239--241 für anwendbar auf die Mitglieder des Vorstandes einer Aktiengesellschaft usw., „welche ihre Zahlungen eingestellt hat oder über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist", „wenn sie in dieser Eigenschaft die mit Strafe bedrohten Handlungen begangen haben"; damit ist ersichtlich gemacht, daß allein die Bankerutthandlungen den Tatbestand dieser Verbrechen bilden;[62]) jedenfalls wäre die Auslegung, daß das Gesetz zwar die Bankerutthandlungen, aber nicht nur sie mit Strafe bedrohe, höchst gezwungen.

Unter den Einwendungen gegen die Auffassung der Zahlungseinstellung als bloßer Strafbarkeitsbedingung sind zunächst die unerheblich, die von einer andern Bestimmung dieses Begriffes ausgehen. Dies tut, abgesehen von den oben S. 20 erwähnten Einschränkungen, besonders Kleinfeller,[63]) der hierzu außer den ein Delikt qualifizierenden Erfolgen (StGB. §§ 224, 226 usw.) die

---

[61]) vgl. Merkel, Lb. S. 35; Meves S. 383; RGE. Bd. 3 S. 351, Bd. 16 S. 189; andererseits Schmidt S. 130.

[62]) Olshausen Erl. 5 zu § 239; Rehm S. 894; Weber S. 82, 83. Die Behauptung Jaegers (Erl. 9 zu § 244 KO. S. 986), daß die Ausdrucksweise des Gesetzes hier unzutreffend sei, dürfte den Widerspruch zwischen seiner Theorie und dem Gesetzeswort nicht beseitigen.

[63]) GS. Bd. 43 S. 161; ebenso Petersen S. 681.

Bedingungen der Strafverfolgung rechnet. Diese Auffassung ist, wie aus dem Bisherigen hervorgehen dürfte, teils zu eng, teils zu weit, letzteres deshalb, weil die Strafverfolgungsbedingungen nur prozessuale Bedeutung haben, aber den staatlichen materiellen Strafanspruch nicht berühren. Auch Meves (S. 383) sieht in der Strafbarkeitsbedingung eine Voraussetzung der Verfolgung, und Cohn (S. 205) stimmt ihm teilweise zu. Die Angriffe dagegen, die auf einer an sich zutreffenden Begriffsbestimmung fußen, legen entweder die oben zurückgewiesene Auffassung der Zahlungseinstellung bezw. Zahlungsunfähigkeit als des vermuteten Erfolges der Bankerutthandlung zugrunde — so Neumeyer (S. 128), der die Zahlungseinstellung wegen ihrer für die Zahlungsunfähigkeit symptomatischen Bedeutung ein „abgestorbenes Tatbestandsmerkmal" nennt — oder ziehen die Zahlungseinstellung deshalb zum Tatbestande, weil sie der Tat eben nicht „innerlich fremd", sondern ein für das Delikt wesentlicher Umstand sei.[64]) Zum Beweise hierfür wird mehr oder weniger deutlich auf die mit dem Worte Bankerutt verbundene Vorstellung, also auf den geschichtlich begründeten Sprachgebrauch hingewiesen; daß dieser für sich allein keine Überzeugungskraft hat, wurde oben S. 10 zu zeigen versucht. Das Argument Petersens (S. 681), daß die Zahlungseinstellung als zweites Element der Gläubigergefährdung den Bankerutthandlungen an Bedeutung gleichkomme, scheitert an der von ihm selbst hervorgehobenen Subsidiarität der Zahlungseinstellung, die nicht als solche die Strafdrohung veranlaßt, sondern deshalb, weil sie die in der Bankerutthandlung liegende Gefährdung zu einer strafrechtlich erheblichen steigert. So bleiben im wesentlichen nur einige grammatische Erwägungen übrig. Neumeyer z. B. meint (S. 126), der einschränkende Relativsatz „welche ihre Zahlungen eingestellt haben" usw. diene nur zur näheren Bestimmung des zum Tatbestande gehörenden Begriffes „Schuldner" und dürfe von ihm nicht getrennt werden. Daß der Relativsatz diese Bestimmung, die auch Binding[65]) ihm zuspricht, nicht hat, ergibt sich daraus,

---

[64]) Kleinfeller, GS. Bd. 43 S. 162; Hälschner G. A. Bd. 18 S. 671, 672; Petersen S. 681; Schmidt S. 130/31; v. Wilmowski Erl. 3 zu §§ 239, 240; auch RGE. Bd. 27 S. 318.

[65]) Lb. Bd. 1 S. 429; ähnlich B. Wolff S. 23 f.

daß ja die Zahlungseinstellung den Bankerutthandlungen nicht nur folgen kann, sondern gewöhnlich folgt; und die Regel, daß Eigenschaften des Täters zur Zeit der Tat vorhanden sein müssen, läßt sich nicht durch die Annahme eines „Nachhinkens“[66] durchbrechen. Schließlich kann man auch nicht, wie Schmidt (S. 140) es will, die tatbestandliche Gleichwertigkeit der Zahlungseinstellung aus der Gleichwertigkeit der beiden im § 240 vorkommenden Nebensätze herleiten. Denn was sind „gleichwertige Nebensätze“? Die Grammatik kennt einen Maßstab für die Bewertung von Nebensätzen nicht, und der Sprachgebrauch des Strafgesetzbuchs ist zu wenig einheitlich, als daß sich aus ihm derartige Schlüsse ziehen ließen; aus diesem Grunde ist übrigens andererseits auch der Versuch, aus der Fassung des § 240 die außertatbestandliche Natur der Zahlungseinstellung zu deduzieren,[67] kaum als gelungen zu bezeichnen.

Aus dem bisher Erörterten folgt der wichtige Satz: die Zahlungseinstellung (Konkurseröffnung) gehört nicht zum Tatbestande des einfachen Bankerutts, und die Frage nach seiner Schuldseite ist nur mit Beziehung auf die Bankerutthandlung, die für sich allein das Bankeruttdelikt darstellt, zu beantworten. Bevor aber dieser Gedanke weiter verfolgt wird, sind nunmehr die oben S. 7 angedeuteten Einwendungen zu prüfen, die die Unanwendbarkeit der allgemeinen strafrechtlichen Verschuldungsgrundsätze auf die Eigenart des Bankerutttatbestandes behaupten.

§ 4.

2. Der Mangel des „Erfolges“.

Man kann hierbei zwei Gruppen unterscheiden, je nachdem das Hauptgewicht auf das Wesen der Fahrlässigkeit oder auf die tatbestandlichen Besonderheiten des einfachen Bankerutts gelegt wird. Den in die erste Gruppe gehörenden Ansichten liegt der Satz zugrunde, daß zu einem Fahrlässigkeitsdelikt im eigentlichen Sinne die kausale Herbeiführung eines rechtswidrigen Erfolges

[66]) Binding a. a. O.

[67]) Cohn S. 204/05.

gehöre. Ein solcher Erfolg, so wird argumentiert, ist in den Tatbestand des einfachen Bankerutts, wie er gegenwärtig vorliegt, nicht aufgenommen; also ist bei diesem Delikt die fahrlässige Begehung begrifflich ausgeschlossen. Diese Ansicht findet sich besonders bei älteren Theoretikern, z. B. bei Köstlin (G. A. Bd. 5 S. 744), der es als eine „auffallende Anomalie" bezeichnet, daß man auch bei dem Bankerutttatbestande der vom französischen Recht beeinflußten Gesetzbücher von einem „leichtsinnigen, also doch jedenfalls überwiegend kulposen Bankerutt" spreche, „da man doch im allgemeinen keinen Zweifel darüber hat, daß zu einem kulposen Vergehen nicht bloß ein bestimmter Erfolg, sondern auch der ursächliche Zusammenhang dieses Erfolges mit dem kulposen Benehmen gehöre". Auch für das Reichsrecht ist auf Grund dieser Erwägung dem einfachen Bankerutt zuweilen die Natur eines Fahrlässigkeitsdelikts schlechthin abgesprochen worden. So erklärt z. B. das Reichsgericht in einer älteren Entscheidung,[1]) nachdem es betont hat, daß das Gesetz von dem Erfordernis eines ursächlichen Zusammenhanges zwischen der Bankeruttshandlung und dem Bankbruch absehe: „Von Fahrlässigkeit im strafgesetzlichen Sinne, von fahrlässiger Verschuldung eines kausal zuzurechnenden Erfolges ist hier nirgends die Rede, und es ist deshalb von vornherein verfehlt, den einfachen Bankerutt in seinem legalen Tatbestande als ‚Fahrlässigkeitsdelikt' zu bezeichnen".[2]) Ebenso hält Meves (S. 389) die Schuldform der Fahrlässigkeit schon deshalb für ausgeschlossen, weil die „Voraussehbarkeit des rechtswidrigen Erfolges" nicht verlangt werde, und nach Stenglein (RGes. Erl. 2 zu § 240 S. 706) soll nicht nur ein fahrlässiger, sondern auch ein vorsätzlicher Bankerutt unmöglich sein, weil „beides einen Kausalzusammenhang einer bewußt begangenen oder fahrlässig verschuldeten Tat mit einem rechtswidrigen Erfolg zur Voraussetzung haben würde".[3]) — Zum Verständnis dieser

---

[1]) RGE. Bd. 47 S. 419; zustimmend v. Völderndorff S. 28 Nr. 3.

[2]) Ähnlich RGE. Bd. 4 S. 92; ferner RGE. Bd. 13 S. 359: „Der einfache Bankerutt ist sonach nicht in dem Sinne als ein Fahrlässigkeitsdelikt anzusehen, daß die Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung durch ein fahrlässiges Verhalten des Schuldners herbeigeführt sein müßte".

[3]) vgl. v. Wilmowski Nr. 1 zu § 240 (S. 626): „Der einfache strafbare

Ansichten und des sie stützenden allgemeinen Grundsatzes ist zunächst festzustellen, welchen Sinn in seiner Gedankenverbindung der — keineswegs eindeutige — Begriff des Erfolges hat. Man kann heute einen weiteren (allgemeinen) und einen engeren (speziellen) Erfolgsbegriff unterscheiden. Der erstere fällt inhaltlich zusammen mit der „Verwirklichung der Tatbestandsmerkmale", und in diesem Sinne hat natürlich jedes Delikt einen Erfolg.[4] Diese Bedeutung kann der Begriff in den obigen Äußerungen nicht haben; denn dort wird offenbar auch an Delikte ohne tatbestandlichen Erfolg („schlichte Tätigkeitsdelikte")[5] gedacht, also unter dem Erfolge etwas von der verbrecherischen Willensbetätigung nicht nur logisch, sondern auch zeitlich oder räumlich Trennbares verstanden; in dieser Bedeutung erscheint der Begriff z. B. auch im § 67 Abs. 4 StGB. Der Erfolg in diesem Sinne kann ein verletzender oder ein gefährdender sein. Letzterenfalls gehört aber die Gefahr als solche nur dann als Erfolg zum Tatbestande, wenn sie vom Gesetze durch ausdrückliche Hervorhebung dazu gemacht ist.[6] Nun ist der einfache Bankerutt ein generelles Gefährdungsdelikt (oben S. 16), insoweit also nicht Erfolgsdelikt; und da er auch einen sonstigen außerhalb der Bankerutthandlung liegenden Erfolg nicht erfordert, so ist in der Tat zu untersuchen, ob jener für Nichterfolgsdelikte allgemein aufgestellte Satz zutrifft.

Die Lehre, daß von einer Fahrlässigkeit im juristisch-technischen Sinne nur gesprochen werden könne, wenn das fahrlässige Verhalten einen bestimmten, von ihm selbst verschiedenen rechtswidrigen Erfolg verursacht habe, war in der älteren Doktrin des vorigen

---

Bankerutt ist ... nicht ein Fahrlässigkeitsdelikt für [?] eine durch die spezielle Handlung fahrlässigerweise herbeigeführte Zahlungseinstellung".

[4]) vgl. Liepmann, ZStW. Bd. 22 S. 74f.; v. Hippel, Vorsatz S. 517, Grenze S. 2 N. 1; v. Bar Bd. 2 S. 320; Kohlrausch S. 89f., 103; v. Liszt S. 123; M. E. Mayer S. 21/22.

[5]) Daß es solche gebe, bestreitet v. Liszt (S. 123); gegen ihn Beling, Vbr. S. 204–206.

[6]) And. M. freilich u. a. Frank Erl. 2 zu § 1 (S. 18); v. Rohland S. 24 dagegen Beling, Vbr. S. 12, Gr. S. 35, der aber zu weit geht, wenn er den Begriff des generellen Gefährdungsdelikts überhaupt eliminieren will.

Jahrhunderts durchaus herrschend;[7]) die Möglichkeit fährlässigen Handelns wurde sogar häufig auf Rechtsgüterverletzungen eingeschränkt.[8]) Der Grund hierfür lag in der Erwägung, daß bei einem bloß fahrlässigen, nicht auf positiven bösen Willen zurückführbaren Verhalten erst dann ein Grund zur Bestrafung bestehe, wenn dieses tatsächlich schadenbringend geworden sei.[9]) Zudem blieben die hiernach von krimineller Bestrafung ausgeschlossenen Handlungen keineswegs überhaupt straffrei, sondern wurden in großem Umfange dem Polizeistrafrecht zugewiesen, das in jener Zeit eine durchaus selbständige, von den Prinzipien des allgemeinen Strafrechts unabhängige Disziplin bildete.[10]) Das geltende Strafrecht hat aber (vgl. oben S. 6) das Polizeiunrecht in seinen Bereich gezogen und den prinzipiellen Unterschied zwischen beiden verwischt. Wollte man daher jenen Grundsatz aufrechterhalten, so wäre dies gleichbedeutend mit Straflosslassung aller fahrlässig begangenen reinen Tätigkeitsdelikte. Schon aus diesem Grunde kann davon keine Rede sein; aber auch sachlich wäre eine derartige allgemeine Regel ungerechtfertigt. Soweit freilich zu dem Tatbestande eines Delikts ein von der eigentlichen Handlung unterscheidbarer äußerer Erfolg gehört, ist vor dessen Eintritt eine Bestrafung fahrlässiger Begehung undenkbar,[11]) weil deren Voraussetzung grundsätzlich die schuldhafte Herbeiführung aller gesetzlichen Tatbestandsmerkmale ist und das geltende Recht einen fahrlässigen Versuch nicht kennt. Wenn sich aber das Verbrechen in der Handlung als solcher erschöpft, ist nicht einzusehen, warum die fahrlässige Normübertretung, an deren Unterbleiben die Allgemeinheit ein sehr erhebliches Interesse haben kann, hier begrifflich unmöglich sein sollte.[12]) Daß die Bestrafung der Fahrlässigkeit nach geltendem Recht nicht mehr in der früheren

---

[7]) Noch John (S. 192) hält bei „gefährlichen und unsittlichen Handlungen" die kulpose Begehung für ausgeschlossen.

[8]) vgl. Köstlin, System S. 177; Abegg S. 137.

[9]) vgl. Ortloff, GS. Bd. 34 S. 419.

[10]) vgl. bayr. StGB. von 1813 Art. 275: „Mutwillige und fahrlässige Schuldenmacher sind … polizeilich zu bestrafen".

[11]) v. Bar Bd. 2 S. 445—447 will de lege ferenda Ausnahmen hiervon zulassen; gegen ihn v. Hippel, Vorsatz S. 596.

[12]) Lucas S. 111.

engen Beziehung zu der Verursachung eines bestimmten Erfolges (in dem hier zugrunde gelegten engeren Sinne) steht, ergibt sich auch daraus, daß nach § 59 StGB. fahrlässige Begehung auch dann vorliegt, wenn sich die Fahrlässigkeit auf ein anderes Tatbestandsmoment als den Erfolg bezieht, wofern nur auch die übrigen Deliktsmerkmale schuldhaft verwirklicht sind. Wenn trotzdem auch für das geltende Recht der zurückgewiesene allgemeine Grundsatz behauptet wird,[13]) so ist das, abgesehen von der überragenden Bedeutung des Erfolges im Tatbestande und von der „verwirrend wirkenden Überlieferung",[14]) vor allem auf die erwähnte Mehrdeutigkeit des Erfolgsbegriffes zurückzuführen; bei Anwendung des weiteren Begriffes verschwindet der Gegensatz. Sachlich dürfte demnach fast Einigkeit darüber herrschen, daß die fahrlässige, und um so mehr, was gegen die oben S. 26 wiedergegebene Ausführung Stengleins bemerkt sei, die vorsätzliche Begehung von Nichterfolgsdelikten keineswegs undenkbar ist.

Selbst wenn man übrigens der entgegengesetzten Ansicht wäre, würde dies das Ergebnis nicht völlig ändern. Denn zum Tatbestande der Bankerutthandlungen gehört tatsächlich in der Regel ein bestimmter Erfolg, nur daß dieser nicht außer, sondern in ihnen liegt. Ziff. 1 spricht von dem Verbrauchen oder Schuldigwerden übermäßiger Summen durch Aufwand, Spiel, Wette oder Differenzhandel; die eigentliche Handlung (im engeren Sinne)[15]) besteht also in dem Aufwenden, Spielen usw., der Erfolg in dem Verbrauchen oder Schuldigwerden. Ebenso macht die unordentliche Buchführung (Ziff. 3) den Schuldner nur dann strafbar, wenn sie den Mangel der Vermögensübersicht zur Folge hat; nur gleiches wird man per analogiam von der Verheim-

---

[13]) vgl. z. B. Berner S. 129 und besonders Hälschner Bd. 1 S. 320 (der hier von fahrlässigen Delikten im eigentlichen Sinne spricht). Auch die RGE. Bd. 6 S. 42 sieht das Wesen der Fahrlässigkeit darin, „daß durch Nichtanwendung der nach den gegebenen Umständen gebotenen Sorgfalt und Umsicht von dem Handelnden ein vom Recht reprobierter Erfolg seines Handelns herbeigeführt ist".

[14]) Lucas S. 112.

[15]) Daß man berechtigt ist, den tatbestandlichen Erfolg in den weiteren Handlungsbegriff einzubeziehen, entspricht der herrschenden Meinung; vgl. v. Liszt S. 123 N. 4; Frank Erl. II, 2 zu § 2 S. 17; and. M. u. a. M. E. Mayer S. 19 (s. aber N. 1); zweifelnd Sturm S. 43.

lichung, Vernichtung oder Nichtführung einzelner Handelsbücher behaupten dürfen. Dagegen schließen diese Handlungen, wenn sie sich auf alle Handelsbücher beziehen, das Nichtvorhandensein der Vermögensübersicht begrifflich in sich; man kann daher letzteres, wenn man von dem engeren Erfolgsbegriffe ausgeht, hier nicht mit Kleinfeller[16]) als deren Erfolg bezeichnen. Die Unterlassung der Buchführung und der vorschriftsmäßigen Bilanzziehung sind sonach reine Omissivdelikte; daß aber diese Fälle keine Sonderstellung einnehmen können — Hälschner (G. A. Bd. 18 S. 667) will sie nicht zu den „kulposen Delikten im eigentlichen Sinne" rechnen —, ergibt sich aus den obigen Gründen. Das für die übrigen Fälle von Meves gebrachte Gegenargument, der „engere Erfolg" sei „kein an sich rechtswidriger", beruht auf der oben S. 23 erwähnten petitio principii.

§ 5.

Die „dritte Schuldart".

Die zweite Gruppe der Einwendungen betont nicht die Eigenschaft der Zahlungseinstellung (Konkurseröffnung) als eines nicht vorhandenen Erfolges, sondern ihre Zugehörigkeit zum Tatbestande. Aus dieser — unzutreffenden — Auffassung sind Folgerungen gezogen worden, vermöge deren der einfache Bankerutt zum Teil auch heute noch eine Sonderstellung hinsichtlich des Schulderfordernisses behauptet.

Kaum einer von denen, die in der Zahlungseinstellung (Konkurseröffnung) ein Tatbestandsmerkmal sehen, hat daraus geschlossen, daß sie auch von der Schuld umfaßt werden müsse.[1]) Fast die einzige Ausnahme macht Merkel,[2]) der aber diesen Gedanken insofern nicht streng durchführt, als er das Verschulden in bezug auf die Zahlungseinstellung (Konkurseröffnung) präsumiert.

---

[16]) GS. Bd. 43 S. 176/77; dagegen auch Reichart S. 280; Neumeyer S. 147; vgl. RGE. Bd. 13 S. 241.

[1]) Gegen diese Inkonsequenz treffend Jaeger Vorbem. II, 3 vor § 239 (S. 937).

[2]) Lb. S. 333; richtig folgert auch, wenngleich auf anderer Grundlage, B. Wolff S. 33–35.

Die gleiche Schuldvermutung, aber von anderer Grundauffassung aus (oben S. 14), stellt Jaeger (Vorbem. II, 3 vor § 239 S. 937) auf, eine ähnliche, von seinem Standpunkt aus konsequent, Neumeyer (S. 127/28). Alle übrigen Vertreter jener Ansicht nehmen an, daß die Zahlungseinstellung (Konkurseröffnung) überhaupt nicht verschuldet zu sein brauche. Von den hierfür gegebenen Begründungen hat die Berufung auf den Wortlaut des Gesetzes, d. h. auf sein Schweigen über die Schuldseite, die geringste Beweiskraft.[3] Reichart (S. 268 N. 2) und v. Wilmowski (Erl. 3 zu §§ 239, 240) betonen das Nichterfordernis eines Kausalzusammenhanges zwischen der Bankerutthandlung und der Zahlungseinstellung; daraus aber ließe sich nur folgern, daß die Schuld sich nicht auf die Zahlungseinstellung (Konkurseröffnung) als Erfolg der Bankerutthandlung zu beziehen brauche; eine Verschuldung hinsichtlich der Zahlungseinstellung (Konkurseröffnung) als selbständigen Tatbestandsmoments könnte danach trotzdem gefordert werden. Die Tatsache, daß diese Ereignisse regelmäßig nicht von dem Täter herbeigeführt werden,[4] beseitigt, wie oben (S. 22) bemerkt, das Schulderfordernis noch nicht. Kleinfeller (GS. Bd. 43 S. 169) meint, für den einfachen Bankerutt gelte hier das gleiche wie für den betrüglichen, und daß dieser kein Verschulden hinsichtlich der Zahlungseinstellung voraussetze, ergebe sich aus § 209 a. KO. (§ 240 KO.). Für letzteren Satz fehlt es an einem Beweise; daß die Gesetzesstelle durchaus nicht deutlich davon spricht, zeigt sich z. B. daran, daß Binding (Lb. I S. 435) gerade für den betrüglichen Bankerutt die entgegengesetzte Ansicht vertritt. Gegen Bindings eigenes Argument, (N. II S. 480), die Zahlungseinstellung brauche nicht schuldhaft begangen zu werden, weil sie nicht verboten sei, ist auf den § 241 KO. hinzuweisen, der zum Vorsatz ausdrücklich die Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit fordert, obwohl es doch an sich nicht vorboten ist, in diesen Zustand zu geraten. Binding selbst hat übrigens (Lb. I S. 428) diese Auffassung nunmehr aufgegeben.

Erscheint sonach der Verzicht auf ein Verschulden hinsichtlich der Zahlungseinstellung (Konkurseröffnung) nicht hinreichend be-

---

[3]) Darauf ist unten § 6 näher einzugehen.

[4]) Hierauf beruft sich Weber, GS. Bd. 65 S. 82, 103/04.

gründet, so können die aus einem solchen Verzicht sich ergebenden Folgerungen noch weit weniger befriedigen. Denn wenn man Vorsatz oder Fahrlässigkeit zwar nach allgemeinen Grundsätzen für die einzelne Bankerutthandlung, nicht aber für die Zahlungseinstellung (Konkurseröffnung) fordert, also die Schuldvoraussetzung auf einen Teil des Tatbestandes beschränkt,[5]) so gerät man, wie schon hervorgehoben, in Widerspruch mit der dem § 59 StGB. zugrunde liegenden Regel, daß das Verschulden den gesamten Tatbestand umspannen müsse. Zur Widerlegung derselben ist gerade in diesem Zusammenhange auf den Fall des § 316 Abs. 2 StGB. hingewiesen worden,[6]) wo das Gesetz die Strafbarkeit von dem Eintritte eines nicht zur Schuld zurechenbaren Erfolges abhängig mache, also sich gleichfalls mit dem Verschulden hinsichtlich eines Tatbestand**teils** begnüge. Die Grundlage dieser Beweisführung ist der Satz, daß der mit der Handlung kausal verbundene Erfolg stets mit dieser zusammen eine Handlung im weiteren Sinne bilde und daher, wenn sein Eintritt Voraussetzung der Bestrafung sei, stets zu der deliktischen Handlung, also auch zum Tatbestande gehöre. Diese Annahme ist aber unbewiesen und bei der schwankenden Terminologie des Gesetzes[7]) unbeweisbar. Vielmehr muß die Frage, ob das Gesetz im einzelnen Falle den Erfolg in die Handlung einbezogen wissen wolle oder nicht, stets aus den Umständen eben dieses Einzelfalles beantwortet werden;[8]) und wenn es in concreto feststeht, daß sich das Verschulden ausnahmsweise nicht auf den Erfolg zu beziehen brauche, so ist gerade daraus zu schließen, daß er kein Bestandteil der verbrecherischen Handlung ist, mithin auch nicht zum Tatbestande gehört. Wer im Gegensatze hierzu die Beschränkbarkeit des Schulderfordernisses auf einen Teil des Tatbestandes behauptet, kann allerdings von schuldhafter Begehung des einfachen Bankerutts schon bei einem sich nur auf die Bankerutthandlung beziehenden Verschulden sprechen, also ihn auch — je nach

[5]) So ausdrücklich **Kleinfeller**, GS. Bd. 43 S. 172.

[6]) **Kleinfeller** a. a. O.

[7]) So ist z. B. in den §§ 50, 61, nicht aber in den §§ 51, 67 Abs. 4 der Erfolg in der „Handlung“ mitenthalten.

[8]) **M. E. Mayer** S. 19; vgl. **Rupp** S. 82.

seiner Auffassung von der vorauszusetzenden Schuldart — für ein Vorsatz- oder ein Fahrlässigkeitsdelikt erklären; aber dieses Ergebnis kommt wegen seiner unzureichenden Grundlage nicht in Betracht. Für diejenigen dagegen, die einerseits grundsätzlich die Schuld auf den ganzen Deliktstatbestand erstreckt wissen wollen, andererseits von diesem Erfordernis für die Zahlungseinstellung (Konkurseröffnung) absehen und sie dennoch dem Tatbestande zuweisen, droht ein Widerspruch, aus dem nur zwei Auswege denkbar sind. Entweder nämlich können sie den einfachen Bankerutt zu den sogen. Formaldelikten, d. h. zu denjenigen zählen, die ausnahmsweise überhaupt kein Verschulden voraussetzen,[9]) oder sie sind zur Annahme einer dem einfachen Bankerutt eigentümlichen, von Vorsatz und Fahrlässigkeit qualitativ verschiedenen Schuldform genötigt. Beide Auswege sind beschritten und von beiden aus ist wie die vorsätzliche, so auch die fahrlässige Begehbarkeit des einfachen Bankerutts geleugnet worden. Daß das für die Zulässigkeit des ersteren einzig anführbare Argument, das Schweigen des Gesetzes, nichts beweist, soll, da es sich nicht mehr auf die begriffliche Besonderheit des Deliktes stützt, weiter unten (§ 6) gezeigt werden; hier ist zunächst zu erörtern, ob sich jene dritte Schuldart konstruieren läßt.

Diese Behauptung hat besonders Meves (G. A. Bd. 36 S. 377 f.) aufgestellt und eingehend begründet. Soweit er — negativ — die Unanwendbarkeit der allgemeinen Schuldformen auf den Tatbestand des einfachen Bankerutts nachzuweisen sucht (sein Hauptgrund[10]) ist der Mangel eines „an sich rechtswidrigen Erfolges“), ist das Unzutreffende seiner Einwendungen teils besprochen worden, teils wird dies noch im folgenden geschehen. Von diesem Ausgangspunkt und der Regel nulla poena sine culpa kommt er mit Notwendigkeit zu seiner These. Zu deren Verteidigung sucht er darzutun, daß auch sonst dem geltenden Strafrecht eine dritte Schuldform nicht unbekannt sei, und beruft sich hierfür (S. 390 f.) auf den bereits erwähnten § 316 Abs. 2 StGB. Diese Vorschrift

---

[9]) In anderer Bedeutung wird der Begriff „Formaldelikt“ in Gegensatz gebracht zu den Material- oder Erfolgsdelikten, bezeichnet also die „schlichten Tätigkeitsdelikte“; vgl. Beling, Vbr. S. 203 N. 1.

[10]) a. a. O. S. 387/88.

bedroht gewisse Eisenbahnangestellte mit Strafe, „wenn sie durch Vernachlässigung der ihnen obliegenden Pflichten den Transport in Gefahr setzen". Da nun § 315 die vorsätzliche und § 316 Abs. 1 die fahrlässige Gefährdung des Eisenbahntransports unter Strafe stellt, so muß der Gesetzgeber, so schließt Meves, „die im § 316 Abs. 2 gedachte Pflichtvernachlässigung als eine Verschuldung angesehen haben, die er weder unter den Vorsatz noch unter die Fahrlässigkeit zu rubrizieren vermochte". Daß es sich hier um ein besonderes Verschulden handle, drücke sich auch in dem Worte „Pflichtvernachlässigung" aus, welches auf ein vorwerfbares Verhalten hindeute.

Um die Richtigkeit dieser Gesetzesauslegung zu prüfen, muß man wie Meves davon ausgehen, daß der Tatbestand des § 316 Abs. 2 mindestens in einer Beziehung umfassender sein muß als der der §§ 315, 316 Abs. 1. Die durch letztere Bestimmungen bedrohte Handlung besteht darin, daß durch gewisse speziell bezeichnete Tätigkeiten der Transport einer Eisenbahnunternehmung in Gefahr gesetzt wird; die Handlung des § 316 Abs. 2, zu der gleichfalls ein „Ingefahrsetzen" gehört, unterscheidet sich von der vorigen in zweifacher Hinsicht; es handelt sich bei ihr um die Gefährdung nicht „des", sondern „eines" Transports, und diese Gefährdung hat ihre Ursache hier nicht notwendig in einer von vornherein im Gesetze genau bestimmten Willensbetätigung. Die erste Unterscheidung kommt nicht in Betracht, da aus ihr für den § 316 Abs. 2 höchstens eine Einschränkung des Tatbestandes entnommen werden kann.[11]) Folglich kann die Eigenart dieses Strafgesetzes nur darin bestehen, daß die Gefahr hier nicht auf eine der im § 315 limitativ aufgezählten Handlungen zurückgeht, sondern allgemein auf eine „Pflichtvernachlässigung". Wenn sich aber der Unterschied hierin erschöpft, so muß der in beiden Fällen vorausgesetzte Erfolg, die Transportgefährdung, auch in beiden Fällen die gleiche rechtliche Bedeutung haben. Da nun diese Gefährdung in den Fällen der §§ 315, 316 Abs. 1 unzweifelhaft

---

[11]) Olshausen Erl. 5 zu § 315 (S. 1292) und die dort Zitierten sehen hier überhaupt keinen Unterschied, sondern nur eine „inkorrekte Fassung", während Frank Erl. I, 2c zu § 316, v. Liszt S. 498 unter „einem" Transport einen bestimmten verstehen.

zum Tatbestande gehört und daher vom Verschulden umfaßt sein muß, ist auch im Falle des § 316 Abs. 2 erforderlich, daß dem Täter hinsichtlich der Gefährdung ein Verschulden, und zwar mindestens Fahrlässigkeit, zur Last falle;[12]) und ebenso muß nach allgemeinen Grundsätzen die Pflichtvernachlässigung vorsätzlich oder fahrlässig geschehen. Der Tatbestand weist also keinerlei Ungewöhnlichkeiten auf und kann schon aus diesem Grunde nicht in Meves' Sinne verwendet werden. Das wäre aber auch dann nicht der Fall, wenn man, der herrschenden Meinung folgend, anzunehmen hätte, daß § 316 Abs. 2 in bezug auf die Gefährdung und deren Kausalzusammenhang mit der Pflichtvernachlässigung von einem Verschulden absehe.[13]) Denn dann würde nach dem oben S. 32 Gesagten die Gefährdung als Erfolg aus dem Tatbestande ausscheiden und zu einer bloßen Bedingung der Strafbarkeit werden; das Vergehen hätte daher einige Ähnlichkeit mit den „durch einen Erfolg qualifizierten Delikten", nur daß bei diesen der unverschuldete[14]) Erfolg die Strafe lediglich erhöht, während er hier strafanspruchbegründende Bedeutung hätte. Die eigentlich deliktische Handlung wäre dann die „Pflichtvernachlässigung", d. h. die nicht gehörige Erfüllung einer dem Täter obliegenden Pflicht. Dieses Verhalten mußte also verschuldet sein, und es ist nicht einzusehen, warum hierbei ein anderes Verschulden als Vorsatz oder Fahrlässigkeit vorauszusetzen wäre. Die Pflichtvernachlässigung selbst kann schon ihrem Begriffe nach nicht eine dem Vorsatz und der Fahrlässigkeit gleichzusetzende Schuldform sein. Denn sie bezeichnet nicht wie diese eine verwerfbare psychische Beziehung des Täters zu seiner Tat, sondern zunächst rein objektiv ein bestimmtes Tätigwerden, hinsichtlich dessen allerdings — das muß Meves zugegeben werden — zugleich ein Unwerturteil ausgesprochen wird. Aber dieses Urteil besagt nur, daß das Verhalten fehlerhaft sei; es gibt nicht wie

[12]) Ebenso Binding, Lb. II, 1 S. 45/46; v. Liszt S. 498; Meyer-Allfeld S. 596. Anders die herrschende Meinung; vgl. Frank Erl. I zu § 316; Olshausen Erl. 5 zu § 316 und die dort zitierte Entscheidung des RG.

[13]) Von dieser Auffassung aus erklärt sich insbesondere auch Kleinfeller (GS. Bd. 43 S. 171 f.) gegen Meves.

[14]) Wenigstens nach der herrschenden Ansicht; vgl. v. Liszt S. 161 N. 7.

jene Schuldarten auch den Grund des Schuldvorwurfs an. Die Pflichtvernachlässigung ist daher nicht ein weder vorsätzliches noch fahrlässiges Handeln, sondern sie kann begrifflich sowohl das eine wie das andere sein.

Der Anwendung dieser Schuldkategorie auf den einfachen Bankerutt steht übrigens auch das praktische Bedenken [15]) entgegen, daß im Falle des § 240 Ziff. 1 eine im Sinne des § 316 Abs. 2 zu vernachlässigende Rechtspflicht sich nicht denken läßt. Es besteht zwar für jeden Schuldner eine rechtliche, nicht nur, wie Kleinfeller (a. a. O. S. 175) und Schmidt (S. 193) annehmen, eine moralische Pflicht, nicht durch Aufwand, Spiel u. dgl. übermäßige Summen zu verbrauchen; aber § 316 Abs. 2 kann nicht auf eine derartige allgemeine Verpflichtung bezogen werden.[16]) Denn da schon wegen der Vorschriften der §§ 315, 316 Abs. 1 für jedermann die Pflicht besteht, Eisenbahntransporte nicht zu gefährden, so können hier nur die den Eisenbahnbediensteten kraft ihrer Stellung im Eisenbahnbetriebe obliegenden besonderen Berufspflichten gemeint sein. Eine entsprechende Pflicht mag sich für die Buchdelikte des § 240 annehmen lassen; aber im Falle der Ziff. 1 ist sie nicht vorhanden.

Alle Bedenken werden endlich durch die Tatsache behoben, daß nicht nur diese, sondern auch jede andere von Vorsatz und Fahrlässigkeit dem Wesen nach verschiedene Schuldform dogmatisch unmöglich ist.[17]) Es genügt hier, dies für das geltende Recht festzustellen; daher sind die früher behaupteten Abweichungen [18]) ebensowenig zu erörtern wie die de lege ferenda gemachten Vorschläge einer Dreiteilung der strafrechtlichen Verschuldung;[19]) und es kann ferner die Frage unbeantwortet bleiben, ob es gegenwärtig kraft logischer oder nur kraft empirischer Notwendigkeit nicht mehr als zwei Schuldarten gebe.[20])

---

[15]) vgl. Kleinfeller a. a. O. S. 172; Cohn S. 211; Neumeyer S. 145.

[16]) vgl. auch Freund S. 3.

[17]) Binding, Lb. I S. 440 N. 1, Normen II S. 117 f., 183; Birkmeyer S. 1125; Frank Erl. I zu § 240; Olshausen Erl. 20 zu § 240.

[18]) vgl. Sturm S. 6 N. 1.

[19]) v. Hippel, Vorsatz S. 536 f. (gegen Löffler und Miricka).

[20]) vgl. hierzu Beling, Gr. S. 55; Bruck S. 19; Meyer-Allfeld S. 138; Lucas S. 2.

Jede Schuldzurechnung setzt voraus, daß etwas, was nach den Geboten der bestehenden Rechtsordnung nicht hätte geschehen sollen, geschehen ist, und zwar infolge des tadelhaften Willensverhaltens einer schuldfähigen Person;[21] sie enthält also stets einen gegen den Willen des Täters gerichteten Schuldvorwurf. Den verschiedenen Arten der Schuld müssen daher auch verschieden geartete Schuldvorwürfe entsprechen. Da diese in ihrer Richtung übereinstimmen, kann unter ihnen nur nach ihrer Schwere unterschieden werden. Welchen Maßstab das geltende Recht hier anlegt, ergibt sich aus der Betrachtung seiner beiden anerkannten Schuldformen, des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit, deren Wesen sich nach dem eben Gesagten nur bestimmen läßt, wenn man den fehlerhaften Willen, nicht die den Täter begleitenden Vorstellungen zum Ausgangspunkte macht.[22] Bei beiden Schuldarten wird dem Täter vorgeworfen, daß er durch ein auf seinen Willen zurückführbares Verhalten einen objektiven Deliktstatbestand verwirklicht habe; die Schwere des Vorwurfs hängt davon ab, was ihn zu diesem Verhalten bestimmt hat. Von Vorsatz spricht man, wenn der schuldhafte Wille nicht nur auf das Verhalten als solches, sondern auch auf die Erfüllung des Deliktstatbestandes durch dieses Verhalten, d. h. auf den „Erfolg“ im weiteren Sinne gerichtet war.[23] Dies setzt bei dem Täter mit Notwendigkeit[24] die das Verhalten begleitende Vorstellung des Erfolges voraus, wobei es grundsätzlich gleichgültig ist, ob der Erfolg als sicher oder nur als möglicherweise eintretend vorgestellt wird. Der fahrlässig Handelnde dagegen will den rechtswidrigen Erfolg

---

[21]) v. Bar Bd. 2 S. 274; Gretener S. 74; v. Hippel, Vorsatz S. 510.

[22]) Die Vorstellungstheorie liefert hier übrigens das gleiche Ergebnis; vgl. Neumeyer S. 145.

[23]) Gegen den Einwand, der „Erfolg“ könne nicht gewollt sein, sondern nur die ihn erzeugende Körperbewegung (M. E. Mayer S. 29/30 und die dort S. 30 N. 1 Zitierten), vgl. v. Bar Bd. 2 S. 303; Beling, Vbr. S. 194; v. Hippel, Grenze S. 16 f., 152 f. (psychologische Literatur); Sturm S. 18 f.

[24]) Die Notwendigkeit dieser Verbindung bestreitet die sogen. abstrakte Willenstheorie; auch sie führt hier zu dem gleichen Ergebnis; vgl. Binding, N. II S. 102/03, 116 f, 183. Dagegen Bruck S. 14; v. Hippel, Vorsatz S. 488; Kohlrausch S. 3 f.; M. E. Mayer S. 26; Sturm S. 15. Gegen die abstrakte Willenstheorie überhaupt: Wundt S. 232 f.

nicht, sei es, daß er ihn sich überhaupt nicht vorstellt (unbewußte Fahrlässigkeit), sei es, daß er ihn sich zwar vorstellt, aber durch die Hoffnung auf seinen Nichteintritt zum Handeln bewogen wird (bewußte Fahrlässigkeit).[25]) Der Vorwurf ist hier weniger schwer; er gründet sich darauf, daß der Täter sein Verhalten nicht in seiner vollen Bedeutung erkannt hat, obwohl er es hätte erkennen sollen und können, daß er sich also nicht genügend angestrengt hat, um zu dieser Erkenntnis zu kommen.

Sind aber diese Begriffsbestimmungen richtig, dann ist leicht zu zeigen, daß jede Willensbetätigung, die ihrem Urheber überhaupt im strafrechtlichen Sinne zum Vorwurf gereicht, eine vorsätzliche oder eine fahrlässige sein muß. Denn entweder fehlt dem ihr zugrunde liegenden Willen die Vorstellung des Erfolges — dann liegt unbewußte Fahrlässigkeit vor, oder der Wille wird von dieser Vorstellung begleitet — dann ist, wenn der vorgestellte Erfolg auch gewollt ist, Vorsatz, andernfalls bewußte Fahrlässigkeit gegeben. Also ist jede Einführung einer ferneren Schuldart in das geltende Recht unmöglich.[26]) Dies festzuhalten, ist hier besonders wichtig, weil sich gerade beim einfachen Bankerutt für das Verschulden in Theorie und Praxis zuweilen auch andere ungewöhnliche Bezeichnungen finden, von denen sich nicht immer mit Sicherheit sagen läßt, ob sie nur eine der anerkannten Schuldarten umschreiben oder nicht.

Dies gilt vor allem von der Rechtsprechung des Reichsgerichts, das, seitdem es überhaupt ein Schulderfordernis beim einfachen Bankerutt anerkennt (unten § 6), in der Mehrzahl seiner Entscheidungen die vorausgesetzte Schuld in einer von der herkömmlichen Terminologie abweichenden Weise bezeichnet. Da es hierin aber keineswegs einheitlich verfährt, ist eine Gewißheit über seinen Standpunkt in dieser Frage kaum zu gewinnen.[27]) Die

---

[25]) v. Hippel, Vorsatz S. 567. Bruck S. 15 f. rechnet diesen Fall schon zum Dolus.

[26]) Im Ergebnis ebenso RGE. Bd. 16 S. 364, Bd. 34 S. 410. Vgl. Vorentw. z. StGB. § 58 Abs. 1 Satz 2: „Schuldhaft handelt, wer entweder vorsätzlich oder fahrlässig handelt“.

[27]) vgl. Binding, Lb. I S. 440; Olshausen Erl. 20 zu § 240 (S. 1541); Rüdorff Erl. 1 zu § 210 a. KO.; Schmidt S. 191.

eigenartige Ausdrucksweise erstreckt sich nicht nur auf die für den einfachen Bankerutt im ganzen, sondern auch auf die für die Bankerutthandlungen (die das Reichsgericht grundsätzlich nur als einen Teil des Tatbestandes ansieht) zu erfordernde Verschuldung. Nur wenige Urteile[28]) erklären den einfachen Bankerutt oder wenigstens die Bankerutthandlungen für vorsätzlich oder fahrlässig begehbar. Andere setzen mindestens „schuldhafte Pflichtversäumung" oder „Pflichtverletzung" voraus;[29]) letzterer Ausdruck wird zwar in einer anderen Entscheidung[30]) erläutert als eine „Fahrlässigkeit" in bezug auf die Erfüllung der dem Schuldner vom Gesetze auferlegten Verpflichtungen", aber wiederum an anderer Stelle[31]) wird die Annahme, daß hinsichtlich der einzelnen Merkmale Vorsatz oder Fahrlässigkeit im technischen Sinne erforderlich sei, ausdrücklich abgelehnt und allgemein ein „schuldhaftes Verhalten des Schuldners" vorausgesetzt. Hier wird zugleich der einfache Bankerutt als „leichtsinniger" bezeichnet[32]) und von dem „die Strafbarkeit begründenden Leichtsinn" gesprochen; ähnlich wird (RGE. Bd. 14 S. 223) als Grund der Bestrafung die „leichtfertige Handlungsweise" genannt. Alle diese Äußerungen deuten mit größerer oder geringerer Bestimmtheit darauf hin, daß dem Reichsgericht ein von den gewöhnlichen Schuldarten verschiedenes Verschulden vorschwebt; auch Meves (S. 390/91) beruft sich für seine Theorie auf diese Judikatur. Die Gründe, aus denen das Reichsgericht diesen Standpunkt einnimmt, gibt es nicht immer deutlich an; man geht aber schwerlich fehl mit der Annahme, daß teils die Auffassung des einfachen Bankerutts als eines „Nichterfolgsdelikts" — vgl. oben S. 26 f. und die dort zitierten Entscheidungen —, teils die Erwägung maßgebend gewesen ist, daß bei einem Delikt, zu dessen Tatbestande auch „objektive" Momente gehören, die gewöhnlichen, den ganzen Tatbestand umfassenden Schuldarten undenkbar seien. Der erste Gedanke mußte zu einem Ausschlusse nur der fahrlässigen Be-

---

[28]) z. B. RGE. Bd. 10 S. 298, 487; G.A. Bd. 43 S. 374.

[29]) RGE. Bd. 13 S. 359, 242.

[30]) RGE. Bd. 22 S. 317.

[31]) RGE. Bd. 14 S. 87.

[32]) Ebenso RGE. Bd. 11 S. 252.

gehung, der zweite zur gleichmäßigen Nichtanerkennung des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit führen. Er ist hauptsächlich in den späteren Entscheidungen hervorgetreten, als man die Auffassung, daß nach dem Wesen des einfachen Bankerutts die Zahlungseinstellung oder die Zahlungsunfähigkeit der Deliktserfolg sei, aufzugeben und in ihr nichts als ein den Bankerutthandlungen koordiniertes Tatbestandsmerkmal zu sehen begonnen hatte. Dieser zweite Gedanke zeigt sich besonders deutlich in bezug auf den Vorsatz in der Rechtsprechung über die Bestrafung der Teilnahme am einfachen Bankerutt. Da nämlich das Reichsgericht mit der herrschenden Meinung[33]) Beihilfe nur bei einem vorsätzlich begangenen Delikt für möglich hält, mußte es die Frage aufwerfen, wann der einfache Bankerutt dieser Voraussetzung genüge. Von seiner Ansicht aus, daß die einzelne Bankerutthandlung nur ein Teil im Deliktstatbestande sei, konnte es nicht schon bei deren vorsätzlicher Begehung die Gehilfenstrafe eintreten lassen. Gleichwohl hat es dies ursprünglich getan,[34]) später aber diesen inkonsequenten[35]) Standpunkt verlassen und die Forderung aufgestellt, daß wenn es zu einer Bestrafung wegen Beihilfe kommen solle, der Vorsatz des Täters und des Gehilfen auch die Zahlungseinstellung (Konkurseröffnung) umfassen müsse.[36]) Es beruft sich hierbei (a. a. O. S. 318) ausdrücklich auf die „allgemeinen strafrechtlichen Grundsätze", nach denen der Vorsatz alle Tatbestandsmerkmale umfassen müsse, hält aber (S. 319) daran fest, daß für eine Bestrafung, abgesehen vom Falle der Teilnahme, ein Verschulden hinsichtlich der Zahlungseinstellung (Konkurseröffnung) nicht erforderlich sei. Es ist klar, daß nach dieser Auffassung auch die fahrlässige Begehung des einfachen Bankerutts nicht möglich wäre. Folgerecht müßte das Reichsgericht aber auch bei Begehung der einzelnen Bankerutthandlungen Vorsatz und Fahr-

---

[33]) v. Liszt S. 226 N. 1 u. 2; Meyer-Allfeld S. 187 (Text und N. 17).

[34]) Besonders RGE. Bd. 10 S. 487; ähnlich G. A. Bd. 36 S. 401; vgl. Bd. 16 S. 277 f.

[35]) Insoweit scheint die Polemik von Stenglein (L. S. 212) und Wach (S. 82 N. 1) gegen RGE. Bd. 27 S. 316 f. nicht berechtigt, wie wenig auch das Urteil selbst befriedigen mag.

[36]) RGE. Bd. 27 S. 316 f.; zustimmend Meves S. 395 f.

lässigkeit im technischen Sinne für ausgeschlossen halten, und die unvermeidliche, allerdings hier nicht ausgesprochene Konsequenz wäre wiederum die Annahme einer dritten Schuldart, ein Ergebnis, das mit dem geltenden Recht nicht vereinbar ist.

Bemerkt sei noch, daß ebenso wie die „Pflichtvernachlässigung" auch der „Leichtsinn" des Schuldners schon seinem Begriffe nach keine besondere Schuldart darstellen kann, wie dies außer dem Reichsgericht auch Oppenhoff (Erl. 2 zu § 240) und wohl auch Berner (S. 612) und Wachenfeld (S. 308) annehmen. Denn wie jene zunächst nur das Handeln, so bezeichnet dieser nur eine Eigenschaft des Handelnden, die zwar tadelnswert, aber als solche noch nicht schuldhaft im Rechtssinn ist.[37] Der Leichtsinn kann vielmehr strafrechtlich erheblich nur als Grund eines schuldhaften Verhaltens werden, und das leichtsinnige, d. h. aus Leichtsinn entspringende Handeln kann sowohl vorsätzlich wie fahrlässig sein. Es ist daher unrichtig, wenn Leichtsinn und Fahrlässigkeit schlechthin identifiziert werden[38] oder der Leichtsinn, wie z. B. von Köstlin (G. A. Bd. 5 S. 737/38) und Schütze (S. 496) als eine Unterart der Fahrlässigkeit aufgefaßt wird.[39]

Somit ist auch diese letzte Möglichkeit, bei dem einfachen Bankerutt seinem Begriffe nach die fahrlässige Begehung für ausgeschlossen zu erklären, nicht vorhanden. Es kann also zu der Hauptfrage übergegangen werden, ob seine fahrlässige Verübung den Täter nach dem Willen des Gesetzes auch straffällig macht. Dabei kommt es, wie schon bemerkt, lediglich auf die Begehung der Bankerutthandlung an; denn diese ist mit dem objektiven Deliktstatbestand identisch.

---

[37]) Die Mot. z. StGB. S. 81 weisen treffend darauf hin, daß der Vorwurf des Leichtsinns beim einfachen Bankerutt ebensowohl den Kreditgeber wie den Kreditnehmer treffen könne.

[38]) Dies tut Persersen S. 702.

[39]) Das „leichtfertige" Vorbringen im Sinne des § 108 Abs. 2 SeemO. umfaßt, wie sich aus dem Vergleich mit Abs. 1 ergibt, die Fahrlässigkeit und den dolus eventualis.

II. Die strafgesetzliche Bedrohung der fahrlässigen Begehung.

a) Allgemeine Erörterung.

§ 6.

1. Prüfung der Auslegungsmittel.

I. In der Reihe der Hilfsmittel zur Beantwortung einer Frage von der Art der vorliegenden steht obenan das Gesetzeswort, und zwar zunächst die einzelne Gesetzesstelle, deren Sinn ermittelt werden soll. Der positive Wortlaut des § 240 ist aber in dieser Beziehung durchaus unergiebig, da er sich mit der Schuldseite überhaupt nicht befaßt.[1]) Es kann sich also nur darum handeln, ob das Schweigen des Gesetzes Anhaltspunkte bietet. Hieraus ließen sich, da das geltende Recht nur zwei Schuldarten kennt, und da, wie ein einfaches argumentum a maiori lehrt, die fahrlässige Begehung grundsätzlich nie allein bedroht ist, drei Schlüsse allgemeiner Art ziehen. Die Verübung einer Bankerutthandlung könnte unter Strafe gestellt sein:

a) ohne Rücksicht auf jedes Verschulden;

b) bei Verschulden irgendwelcher Art;

c) nur bei Vorsatz.

Alle diese Schlüsse sind auch in Beziehung auf den einfachen Bankerutt gezogen worden.

a) Der Satz, daß für die Bestrafung wegen einfachen Bankerutts außer der Zahlungseinstellung (Konkurseröffnung) die bloße Vornahme der Bankerutthandlung genüge, hat außer der Rechtsprechung des preußischen Obertribunals[2]) die ältere Judikatur des Reichsgerichts[3]) und zum Teil auch die ältere reichsrechtliche Theorie[4]) beherrscht. Daß er mitunter auch auf andere Gründe

---

[1]) Der Fall der Ziff. 2 bleibt zunächst auch hier außer Betracht.

[2]) vgl. die bei Rüdorff Erl. 1 zu § 210 a. KO. zitierten Entscheidungen.

[3]) RGE. Bd. 4 S. 418 f., Bd. 5 S. 407 f.; R. Bd. 4 S. 35 f., 92 f., Bd. 5 S. 425 f.

[4]) Merkel, H. H. III S. 824, H. RL. Bd. 1 S. 222; v. Schwarze Erl. 1 zu § 210 a. KO.

als das konkludente Schweigen gestützt wurde, ist bereits erwähnt worden (oben S. 5, 31). Man mag jedoch zu seiner Rechtfertigung anführen, was immer man wolle — darüber kann man nicht hinweg, daß er in völligem Widerspruch steht mit den Grundsätzen des Strafrechts und der materiellen Gerechtigkeit.[5]) Es soll nicht behauptet werden, daß die Regel „keine Strafe ohne Schuld!" nicht der Durchbrechung fähig wäre; denn erstens besteht sie nicht kraft begrifflicher Notwendigkeit, sondern ist das Erzeugnis einer Rechtsentwicklung, die man heute noch nicht abgeschlossen nennen kann, und zweitens ist es wenigstens denkbar, daß im einzelnen Falle die Gesamtheit der Rechtsgenossen ein so hohes Interesse an der Bestrafung der Herbeiführung eines bestimmten rechtswidrigen Erfolges hat, daß das Interesse des einzelnen, wegen schuldloser Normübertretung keine Strafe zu erleiden, dahinter zurücktreten muß. So gibt es in der Tat auch heute noch in strafrechtlichen Nebengesetzen hier und da Bestimmungen, die die Entstehung eines staatlichen Strafrechts[6]) lediglich von dem Vorliegen gewisser Tatsachen abhängig machen; aber abgesehen davon, daß diese Fälle, im Grunde genommen, nur Schuldvermutungen darstellen — wie für den § 137 Abs. 1 des Vereinszollgesetzes aus dessen Abs. 2 hervorgeht —, kennzeichnen sie sich schon äußerlich dadurch als Besonderheiten, daß sie den Mangel des Schulderfordernisses ausdrücklich hervorheben. Und die Forderung muß man bei dem heutigen Stande des Strafrechts allerdings an die Gesetzgebung stellen, daß sie jede Ausnahme vom Verschuldungsprinzip, die man überhaupt nur bei „geringen strafbaren Handlungen" (Mot. z. StGB. S. 87) für zulässig wird halten können, unzweideutig als solche zu erkennen gebe. Bloßes Schweigen ist hierfür kein geeignetes Ausdrucksmittel. Daraus ergibt sich für den einfachen Bankerutt, daß die Bankerutthandlung, um den Täter strafbar zu machen, schuldhaft verübt sein muß, ein Satz, den später auch das Reichsgericht — Urteil des I. Strafsenats v. 18. 2. 1884, RGE. Bd. 13 S. 354f.,

---

[5]) v. Bar Bd. 2 S. 476; Binding, N. II S. 616.

[6]) v. Liszt (S. 161, Text und N. 5) sieht hierin überhaupt kein Kriminal-, sondern ein reines Ordnungsstrafrecht.

besonders S. 358 f.[7]) — und mit ihm meist auch die Schriftsteller[8]) anerkannt haben, die ursprünglich jene Ansicht vertraten. Meves (S. 386) sieht in deren unannehmbaren Konsequenzen den Grund dieser Umkehr. Es dürften jedoch prinzipielle Erwägungen maßgebend gewesen sein;[9]) daß diese Annahme durch die nicht ausnahmslose Anerkennung des Satzes nulla poena sine culpa widerlegt werde,[10]) kann nach dem eben Gesagten nicht zugegeben werden. Andererseits ist es richtig, daß die frühere Auffassung von ihren Vertretern nicht bis zu den letzten Ergebnissen durchgeführt worden ist; denn folgerichtig hätte man danach z. B. auch einen Schuldunfähigen für strafbar erklären müssen.[11]) Wenn also das Reichsgericht[12]) „hier überall zur Herstellung des Tatbestandes nicht mehr als das Dasein der allgemeinen Voraussetzungen strafrechtlicher Zurechnung" verlangte, so war damit, wie Neumeyer (S. 143) mit Recht hervorhebt, verkannt, daß von der Anwendung eines Schuldausschließungsgrundes nur die Rede sein kann, wo sich eine ausschließbare Schuld denken läßt. Eine ähnliche Inkonsequenz begeht v. Schwarze, wenn er (Erl. 1 zu § 210 a. KO.) zwar das Vorliegen der Tatsachen zur Bestrafung genügen läßt, aber (Erl. 8) den Irrtum über die Buchführungspflicht für entschuldigend hält und erwägt, ob hier nicht fahrlässiger Bankerutt vorliegen könne.

Unter den Schriftstellern der neuesten Zeit hat nur Jaeger in der ersten Auflage seines Kommentars (Erl. 1 zu § 240), von der entgegengesetzten dogmatischen Auffassung ausgehend (vgl. oben § 3), von einem Verschulden hinsichtlich der Bankerutthandlungen absehen wollen. In der zweiten Auflage (Erl. 28 zu § 239, Erl. 5 zu § 240) ist dieser Standpunkt wenigstens insofern ver-

---

[7]) vgl. aber auch schon RGE. Bd. 1 S. 49, wo dem wegen unordentlicher Buchführung angeklagten Gesellschafter der Entschuldigungsbeweis freigegeben wird, „daß er aus gerechter Ursache nicht in der Lage gewesen, der gesetzlichen Pflicht in vollem Umfange zu genügen".

[8]) vgl. Merkel, Lb. S. 333; Rüdorff Erl. 1 zu § 210 a. KO.; v. Sarwey Erl. 1 zu § 240; v. Wilmowski Erl. 1 zu § 240.

[9]) vgl. RGE. Bd. 13 S. 358.

[10]) Meves S. 385.

[11]) Lucas S. 122/23.

[12]) Zit. RGE. Bd. 4 S. 420.

lassen, als Jaeger annimmt, es ergebe sich „von selbst", daß die Bankerutthandlung „den allgemeinen Grundsätzen der Zurechenbarkeit unterliege". Die Inkonsequenz einer solchen Anerkennung von Schuldausschließungsgründen läßt sich freilich nicht durch die Erklärung beseitigen, daß es sich hier nicht um eine „Zurechnung im Rechtssinne" handle — als Gegensatz ist an die Zurechnung im Sinne der Moral gedacht —; denn Sätze der Moral werden dadurch, daß das Gesetz sie berücksichtigt, offenbar Bestandteile der Rechtsordnung.

Während also heute die durchaus herrschende Lehre dahin geht, daß nur verschuldete Bankerutthandlungen die Strafbarkeit begründen,[13]) kommen einige Autoren wenigstens sachlich der oben zurückgewiesenen Ansicht durch Aufstellung von Beweisregeln und Schuldpräsumtionen nahe. Zu den ersteren gehören Hälschner (Bd. 2 S. 414), Reichart (S. 271—273) und Schmidt (S. 272), die zwar prinzipiell ein Verschulden verlangen, aber dessen richterliche Feststellung für überflüssig bezw. unzulässig halten; das gleiche gilt von Berner (S. 612), der den Richter von dem besonderen Nachweise des „Leichtsinns" (oben S. 41) befreien will. Diese Auffassungen kommen im Ergebnis auf unwiderlegliche Schuldvermutungen hinaus, deren Zulässigkeit mangels eines gesetzlichen Hinweises bestritten werden muß. Aus demselben Grunde ist auch die von Oppenhoff (Erl. 2 zu § 240) angenommene widerlegliche Vermutung zurückzuweisen, wenngleich sie die Zwecke des Strafrechts weniger schwer gefährden würde.

b) Der zweite Schluß aus der Nichterwähnung der Schuldseite, daß nämlich das Gesetz zwar ein Verschulden verlange, aber hierbei zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit nicht unterscheide, ist für den einfachen Bankerutt von Loening (S. 30) und von Rehm (S. 896) gezogen worden.[14]) Der darin liegende allgemeine

---

[13]) Binding Bd. 1 S. 440; Bruck S. 63, 64; Cohn S. 200; John S. 592; Kleinfeller, GS. Bd. 43 S. 168; Neumeyer S. 142f.; Lucas S. 143; Rotering, G. A. Bd. 31 S. 350/51; vgl. Vorentw. z. StGB. § 58 Abs. 1 Satz 1: „Wenn das Gesetz nichts anderes bestimmt, ist nur strafbar, wer schuldhaft handelt". Dazu Begr. S. 200; Chauveau S. 309: „Il faut qu'à côté de chaque fait soit constatée la faute de son auteur".

[14]) Die unten (§ 8) zu besprechenden Ansichten gleichen Inhalts stützen sich nicht auf eine solche allgemeine Regel.

Grundsatz war ehemals in einigen Landesstrafgesetzbüchern[15] aufgestellt, hat sich aber nicht erhalten, ohne daß man jedoch deshalb sagen könnte, er widerspreche dem Wesen des Strafrechts.[16] Dem Strafgesetzbuch ist er fremd,[17] denn unter seinen Deliktstatbeständen finden sich zahlreiche, die nach allgemeiner Rechtsüberzeugung trotz Fehlens einer ausdrücklichen Beschränkung vorsätzliche Verwirklichung voraussetzen (z. B. § 246). Außerdem würde das Strafgesetzbuch, wenn es diese Auffassung hätte, die Bestrafung der fahrlässigen Begehung einzelner Verbrechen vermutlich überhaupt nicht, jedenfalls aber nicht gerade dort hervorheben, wo sie sich nach dem Rechtsbewußtsein fast von selbst versteht.[18] Daher kann daraus, „daß das Gesetz zum Tatbestande eines Delikts weder ausdrücklich Dolus noch Kulpa fordert“, nicht mit Hälschner (Bd. 1 S. 325) geschlossen werden, daß „seine Straffatzung sich ... ebenso auf die dolose wie kulpose Verletzung derselben bezieht“. Für den einfachen Bankerutt hat übrigens Hälschner selbst nicht so gefolgert.

c) Daß die dritte Möglichkeit der Wahrheit näher kommt, zeigt ein einfacher Induktionsschluß: scheidet man aus dem Strafgesetzbuch diejenigen Delikte aus, bei denen die Art der vorausgesetzten Verschuldung nicht schon aus dem Inhalt der Strafvorschrift hervorgeht, und vergleicht man von den übrigbleibenden die Zahl derer, die nur vorsätzlich, mit der Zahl derer, die auch fahrlässig begangen werden können, so ergibt sich, daß die ersteren weitaus das Übergewicht haben, also zu den letzteren in dem Verhältnis der Regel zur Ausnahme stehen. Zur richtigen Bestimmung dieses Zahlenverhältnisses ist zu beachten, daß das schwerste fahrlässig begehbare Delikt, die fahrlässige Tötung (§ 222 StGB.), ein Strafminimum von einem Tage Gefängnis hat, daß also alle nur mit einem Strafrahmen versehenen Delikte, deren Strafminimum höher ist, nur vorsätzlich begehbar sind.[19] Die Ermittlung dieser Regel rechtfertigt indessen nicht die Behauptung,[20]

---

[15]) vgl. z. B. das bayer. StGB. von 1813 (Art. 64).

[16]) So Schütze S. 122 N. 9.

[17]) Der Vorentw. z. StGB. (§ 58 Abs. 2) will ihn für Übertretungen anerkennen; ähnlich schon de lege lata Ortloff, GS. Bd. 34 S. 436.

[18]) vgl. Binding, Gr. S. 124.

[19]) Binding, Gr. S. 124.

[20]) Sie findet sich z. B. bei Binding, N. II S. 480; Birkmeyer S. 1129;

die Fahrlässigkeit sei nur bei ausdrücklicher Bestimmung unter Strafe gestellt; ein solcher Satz ginge über den Rahmen einer allgemeinen Regel hinaus und wäre nur auf Grund positivrechtlicher Festsetzung anzuerkennen. Wohl aber ergibt sich daraus, daß das Gesetz, wenn es die Schuldfrage nicht erwähnt, im Zweifel ausschließlich die vorsätzliche Begehung bedroht, die fahrlässige also nur dann, wenn es einen dahingehenden Willen unzweifelhaft zu erkennen gibt.[21]) Ob dies hier der Fall ist, muß im Wege der Auslegung klargestellt werden.

II. Da dem Wortlaut des Gesetzes nichts weiter zu entnehmen ist, kommt nach allgemeinen Interpretationsregeln[22]) zunächst der Zusammenhang der gesetzlichen Bestimmungen in Betracht. Hier kann allein die den betrüglichen Bankerutt behandelnde Strafvorschrift zum Vergleich herangezogen werden, die als tertium comparationis einen gleichgegliederten objektiven Tatbestand enthält. Nun macht § 239 KO. allerdings insofern eine Angabe über die subjektive Seite, als er voraussetzt, daß die Bankerutthandlungen in der Absicht, die Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen werden; aber daraus ergibt sich nichts für den hier interessierenden Teil der Schuldfrage beim einfachen Bankerutt. Ein Analogieschluß ist hier schon deshalb unzulässig, weil offenbar gerade die Benachteiligungsabsicht das den betrüglichen Bankerutt qualifizierende Moment ist. Und daß der Gegensatz beider Arten nicht etwa zusammenfällt mit dem Unterschiede zwischen einem vorsätzlichen und einem fahrlässigen Delikt, geht schon daraus hervor, daß die Handlungen des einfachen Bankerutts nicht nur vorsätzlich, sondern gleichfalls in einer solchen Benachteiligungsabsicht vorgenommen werden können, ohne daß ein be-

---

Rubo Erl. 9 zu § 59; Schütze S. 122; vgl. Vorentw. z. schweiz. StGB. Art 14 und (für den Fall der Vergehen) Vorentw. z. StGB. § 58 Abs. 2.

21) Ebenso Bruck S. 64; Goltdammer Bd. 1 S. 237; v. Hippel, Vorsatz S. 575; Kleinfeller, GS. Bd. 43 S. 169 (die dort zitierten Entsch. des RG., außerdem Entsch. Bd. 38 S. 104); v. Liszt S. 184; Lucas S. 118/19; Meyer-Allfeld S. 137/38; Olshausen Erl. 20 zu § 240; Oppenhoff Erl. 18 zu § 59; Reichart S. 269; Wach S. 83; v. Wächter S. 14.

22) Kohler, Gr. Z. Bd. 13 S. 19; Binding, HB. S. 467, 469; Finger, Lb. S. 181.

trüglicher Bankerutt entsteht.[23]) Letzteres ist zwar nicht unbestritten;[24]) da aber z. B. der zum Schuldigwerden übermäßiger Summen führende Aufwand nach der Kasuistik des Gesetzes keine Handlung des betrüglichen Bankerutts zu sein braucht, insbesondere nicht notwendig unter Ziff. 1 des § 239 fällt (was Binding a. a. O. allerdings annimmt), so würde die Richtigkeit der andern Auffassung zu dem widersinnigen Ergebnisse führen, daß dieses Verhalten bei fehlender Benachteiligungsabsicht strafbar, bei ihrem Vorhandensein dagegen straflos wäre. — Nur so viel läßt sich aus der Vergleichung der beiden Vorschriften unter Berücksichtigung der Regeln über Gesetzeskonkurrenz mit Sicherheit entnehmen, daß die Buchdelikte der Ziff. 3 des § 240, soweit sie mit denen der Ziff. 3 u. 4 des § 239 übereinstimmen, nur bei Nichtvorhandensein der Benachteiligungsabsicht unter den einfachen Bankerutt fallen; und dieses Ergebnis ist hier ohne Bedeutung.

III. Als einziges Auslegungsmittel bleibt sonach das „rationelle Element“[25]) übrig; es ist zu prüfen, welche von den nach dem bisherigen überhaupt denkbaren Auffassungen des Gesetzesinhalts das geeignetste Mittel zur Erreichung des dem Gesetze zugrunde liegenden Zweckes bildet. Nach dem oben Erörterten stehen sich nur zwei Möglichkeiten gegenüber: entweder genügt die Fahrlässigkeit zur Bestrafung, oder es ist Vorsatz erforderlich. Es fragt sich, „welche dieser Möglichkeiten mit Rücksicht auf den Ideenkreis der Zeit dem legalen Bedürfnis am besten entspricht“.[26])

§ 7.

2. Auslegung nach der ratio legis.

I. Unter den Schriftstellern, die das Schuldmoment beim einfachen Bankerutt aus der ratio legis zu bestimmen suchen, ist vor allem Kleinfeller (GS. Bd. 43 S. 169/70) zu nennen. Er folgert aus ihr die Ausdehnung der Strafdrohung auch auf fahr-

[23]) Wach S. 84.

[24]) And. M. z. B. Binding, Lb. I S. 436; Hälschner Bd. 2 S. 414; Rehm S. 896.

[25]) Finger, Lb. S. 181.

[26]) Kohler, Gr. Z. Bd. 13 S. 35.

lässige Handlungen; „denn“, so fährt er fort, „der Zweck des § 210 (§ 240) besteht hauptsächlich darin, auch die leichtsinnigen Bankerutthandlungen unter Strafe zu stellen“ usw. Aus diesem Zusammenhange ergibt sich, daß Kleinfeller die Begriffe „fahrlässig“ und „leichtsinnig“ einander gleichsetzt,[1] obwohl man nach seinen vorhergehenden Ausführungen (S. 168) annehmen sollte, daß er auch gewisse vorsätzliche Handlungen zu den „leichtsinnigen“ zähle. Die Unzulässigkeit einer solchen Identifizierung wurde bereits hervorgehoben (oben § 5); aber selbst wenn sie statthaft wäre, könnte die Beweisführung nicht überzeugen. Denn die sie stützende Annahme, daß die Bankerutthandlungen „ihrer Natur nach meist auf leichtsinniges Verhalten zurückgeführt werden können“, ist, wenn „leichtsinnig“ so viel bedeutet wie fahrlässig, jedenfalls für die Handlungen der Ziff. 1 des § 240 unzutreffend. Diese dürften vielmehr gewöhnlich vorsätzlich begangen werden; das Aufwenden, Spielen usw. ist ohnehin nicht anders als bewußt und gewollt, d. h. vorsätzlich, denkbar, und hinsichtlich des Erfolges, des Verbrauchens oder Schuldigwerdens übermäßiger Summen, dürfte sich der Täter meist in dolo eventuali befinden; denn gerade infolge seines „Leichtsinns“ wird er sich in der Regel sagen: „Falls ich — was immerhin möglich — durch mein Spielen usw. übermäßige Summen verbrauche oder schuldig werde, so soll es mir auch recht sein“.

Die Auffassung, die durch diese Ausführungen begründet werden sollte — daß die Bankerutthandlungen vorsätzlich oder fahrlässig begangen werden könnten —, ist in der Theorie und wohl auch, abgesehen von den oben S. 38 f. angedeuteten prinzipiellen Abweichungen, in der Praxis die herrschende. Die Argumente aber, die für sie beigebracht werden, sind größtenteils nicht stichhaltig. Neumeyer (S. 149) erklärt den einfachen Bankerutt „seinem innersten Wesen nach“ für ein Fahrlässigkeitsverbrechen, erwähnt seine Bezeichnung „leichtsinniger“ Bankerutt in einigen deutschen Partikularrechten, weist darauf hin, daß die Nichtanerkennung der Fahrlässigkeit gleichbedeutend sei mit einer Vereitelung des Gesetzeszweckes und beruft sich schließlich auf den

---

[1]) Ähnlich Olshausen Erl. 20 zu § 240; Petersen S. 702.

Gebrauch des Wortes „unordentlich" im Gesetz. Der letzten Bemerkung — nur sie bedarf einer Widerlegung — ist entgegenzuhalten, daß es, welchen Sinn man auch immer dem Worte „unordentlich" geben mag, jedenfalls unzulässig ist, daraus Schlüsse so allgemeiner Art für die ganze Tatbestandsgruppe des einfachen Bankerutts zu ziehen. — Weber (GS. Bd. 65 S. 102/03) stützt sich auf den Inhalt der einzelnen Bankerutthandlungen, die ihrer Natur nach bald Vorsatz, bald Fahrlässigkeit voraussetzten; aber um zu beweisen, daß hier ausnahmsweise auch Fahrlässigkeit straffällig mache, hätte er dartun müssen, daß die Bankerutthandlungen regelmäßig fahrlässig begangen würden. Ebensowenig ergibt sich die ratio legis ohne weiteres aus der von Reichart (S. 270) herangezogenen Geschichte des Delikts oder aus seiner im Einzelfalle dauernd schadenbringenden Wirkung; dies schon deshalb nicht, weil der einfache Bankerutt sich darin von den übrigen einigermaßen erheblichen Vermögensdelikten nicht unterscheidet. Reichart betont ferner [2]) den verderblichen Einfluß des Bankerutts auf den öffentlichen Kredit. Aber es ist, im Grunde genommen, eine Eigenschaft jedes Verbrechens, daß es, in seinen Folgen über die unmittelbar Betroffenen hinausgreifend, sich gegen Rechtsgüter (im weitesten Sinne) der Allgemeinheit wendet; darin gerade liegt die Rechtfertigung der staatlichen Strafe. Der Angriff auf die Öffentlichkeit ist hier allerdings stärker als bei den meisten anderen gegen fremde Vermögenswerte gerichteten Delikten; aber dieser nur quantitative Unterschied könnte für sich allein den genannten Ausnahmesatz nicht begründen. Ähnliches läßt sich denen entgegenhalten, die einen auf Bestrafung der Fahrlässigkeit gerichteten Willen des Gesetzes aus der „Wichtigkeit des Objekts" [3]) oder aus den praktischen Anforderungen des Kredits [4]) herleiten wollen.

Fast allen diesen Wendungen ist gemeinsam, daß sie den Grund für eine besondere strafrechtliche Stellung des einfachen Bankerutts hinsichtlich der Schuldseite in der Eigenart seiner Wirkungen suchen; und da man aus ihnen in der Tat am

---

[2]) S. 122, 270; ebenso Schmidt S. 118.

[3]) Berner S. 131.

[4]) Rüdorff Erl. 1 zu § 210 a. KO.

besten erkennt, welchen Übelständen die Strafdrohung abzuhelfen strebt, d. h. welchen Zweck sie verfolgt, so zeigt sich hier der geeignete Weg zu einem befriedigenden Ergebnis.

Einen Schritt weiter auf diesem Wege tut wiederum Kleinfeller (a. a. O. S. 170), indem er auf das Wesen des einfachen Bankerutts als eines Gefährdungsdeliktes hinweist (vgl. oben S. 16/17). Er vermutet mit Recht ein erhöhtes Interesse des Gesetzes an dem Schutze der Rechtsgüter, deren Gefährdung es unter Strafe stellt. Wenn er aber fortfährt: „Daher ist es so lange als gleichgültig zu betrachten, ob die Gefährdung auf Vorsatz oder Fahrlässigkeit beruht, als nicht eine ausdrückliche Beschränkung beigefügt wird“, so geht dies zu weit. Denn es setzt beispielsweise die üble Nachrede (§ 186 StGB.), die zweifellos die Ehre eines andern gefährdet, zur Bestrafung (wenigstens nach der mit Recht herrschenden Meinung)[5] den Vorsatz des Täters voraus. Dennoch liegt in der gefährdenden Natur des einfachen Bankerutts, nur nicht in ihr allein, der Schlüssel zur Beantwortung der vorliegenden Frage.

II. Das Motiv, das den „Gesetzgeber“ bei der Pönalisierung einer Handlung leitet, ist leicht zu ermitteln, wenn es gelingt, ähnliche, aber nicht mit Straffolgen verknüpfte Tatbestände aufzufinden. Wenn ein aus den Elementen a, b, c bestehender Tatsachenkomplex ein staatliches Strafrecht erzeugt, ein aus den Elementen a, b, d bestehender aber nicht, so muß der Grund hierfür aus dem Unterschiede der Elemente c und d, der sich in der Regel leicht bestimmen lassen wird, zu entnehmen sein. Nun stimmen die Handlungen des einfachen Bankerutts, generell betrachtet, darin überein, daß sie durch Verminderung oder Verdunklung einer Vermögensmasse fremde Forderungen gefährden; es sind aber keineswegs alle derartigen Gefährdungen mit Strafe bedroht. Wenn z. B. jemand auf Grund rechtsgeschäftlicher Verpflichtung einem andern in einem späteren Zeitpunkt eine individuell bestimmte Sache zu liefern hat, diese aber schuldhaft der Wahrscheinlichkeit einer Beschädigung aussetzt, so liegt darin eine Gefährdung der Forderung des Gläubigers. Sie hat aber trotzdem regelmäßig nur zivilrechtliche Folgen. Daß sie

[5]) Meyer-Allfeld S. 434; and. M. Loening S. 30; vgl. oben S. 45.

straflos bleibt, kann seinen Grund nicht in der Besonderheit des Leistungsgegenstandes haben, denn es ist nicht einzusehen, weshalb Geldforderungen — um solche handelt es sich wenigstens in der Regel beim Bankerutt — einen höheren Schutz verdienten als Forderungen auf Leistung speziell bestimmter Vermögensgegenstände. Ebensowenig liegt die Ursache für die Strafbarkeit der Bankerutthandlungen darin, daß sie gewöhnlich einer leichtfertigen Gesinnung des Schuldners entspringen; denn die hier vorausgesetzte straflose Forderungsgefährdung kann sogar böswillig geschehen, wäre dann also umso strafwürdiger. Eine ausreichende Erklärung läßt sich vielmehr nur geben, wenn man berücksichtigt, daß es sich in dem hier gewählten Falle um die Forderung eines einzelnen Gläubigers handelt, während sich die Bankerutthandlung gegen die Gesamtheit der Gläubiger, „die Gläubigerschaft" richtet; daß diese ausnahmsweise nur aus einem einzigen Gläubiger bestehen kann, kommt für den gesetzgeberischen Grundgedanken natürlich nicht in Betracht. Es fragt sich aber weiter, mit welcher Berechtigung das Gesetz zwar eine Mehrheit von Gläubigern, nicht aber den einzelnen gegen Beeinträchtigungen schützt. Die Antwort gibt folgende Erwägung: Ein Angriff, der sich gegen bestimmte Forderungen oder die Forderungen bestimmter Einzelgläubiger richtet, hat seine letzten Ursachen in persönlichen, der Rechtsordnung regelmäßig unzugänglichen Verhältnissen, die ihn vielleicht gerechtfertigt erscheinen lassen. Die Vornahme einer Bankerutthandlung aber gefährdet jeden, der zu dem Täter zufällig in eine gleichgültige Schuldbeziehung getreten ist, und zwar mit Notwendigkeit und ohne Rücksicht auf den Willen des Täters. Das Gesetz sieht den Grund zu strafrechtlichem Einschreiten nicht in der Gefährdung einer größeren Zahl von Gläubigern bezw. Forderungen als solcher, sondern darin, daß sich die Gefährdung unterschiedslos auf *sämtliche Forderungen sämtlicher Gläubiger* erstreckt, die überhaupt durch ein Verhalten des Schuldners gefährdet werden können. Als gesetzgeberisches Motiv für die Bestrafung des einfachen Bankerutts erscheint also dessen *Gemeingefährlichkeit*. Diese Behauptung bedarf mit Rücksicht auf die Umstrittenheit des Begriffes der Gemeingefahr einer näheren Begründung.

Die Gemeinschädlichkeit des einfachen Bankerutts erscheint als Grund für die zu seiner Bekämpfung ergriffenen Maßregeln schon in der ältesten deutschen Bankeruttstrafgesetzgebung.[6]) Damit war allerdings nicht etwas ihm Eigentümliches ausgesprochen; denn als gemeinschädlich gelten in jener Zeit[7]) alle schweren Delikte. Mit der allmählichen Ausbildung des Begriffes der Gemeingefahr begann man im 17. und 18. Jahrhundert den einfachen Bankerutt wie ein gemeingefährliches Delikt zu behandeln;[8]) das „gemeingefährliche Unwesen" wird nicht selten in den Gesetzen hervorgehoben.[9]) Die Doktrin zu Beginn des 19. Jahrhunderts charakterisierte ihn häufig als gemeingefährliche Verletzung der fides publica oder ähnlich.[10]) Aber Köstlin hatte nicht unrecht, wenn er (a. a. O. S. 731) daran „jene vage Auffassung des Moments der Gemeingefährlichkeit" tadelte, „gemäß welcher sie von allen und jeden Verbrechen prädiziert werden kann, ja der Natur des Verbrechens überhaupt gemäß prädiziert werden muß". Denn in der Tat sprach sich in allen jenen Äußerungen nur die Überzeugung aus, daß der einfache Bankerutt sich nicht nur gegen einzelne Rechtsgenossen, sondern zugleich auch gegen rechtliche Interessen der Gesamtheit richte, und das ist allerdings, wenngleich nicht immer in so hohem Maße, bei jedem Delikt der Fall (oben S. 50). Während daher jene Ansicht fast allgemein aufgegeben wurde, gab ihr Hälschner[11]) eine andere Begründung, indem er darauf hinwies, daß der kaufmännische Bankerutt — nur diesen kannte das damalige preußische Recht — eine unbestimmte Vielheit von Personen, nicht nur die zunächst betroffenen Gläubiger, in ihrem Vermögen schädigen könne, nämlich alle, die mit jenen Gläubigern in einem Kreditverhältnisse stehen. Nun ist es allerdings richtig, daß ein Bankerutt infolge der wirtschaftlichen Schädigung der unmittelbar Beteiligten weitere Kreise ziehen kann und regelmäßig ziehen

---

[6]) v. Hoiningen S. 21/22, 30; Neumeyer S. 53; Schmidt S. 58.

[7]) Binding, Lb. II, 1 S. 2.

[8]) v. Hoiningen S. 96.

[9]) Köstlin, G. A. Bd. 5 S. 727.

[10]) Abegg S. 540 und die übrigen bei Köstlin, G. A. Bd. 5 S. 731 zitierten; Schmidt S. 112.

[11]) G. A. Bd. 18 S. 672; vgl. auch G. A. Bd. 18 S. 293/94.

wird; aber auch dies gehört nicht zu seinen spezifischen Eigenschaften, sondern liegt in der Natur jeder Straftat. Daher ist die Auffassung des einfachen Bankerutts als eines gemeingefährlichen Delikts jedenfalls dann nicht zu halten, wenn man als ihr wesentliches Merkmal die Unbestimmtheit der gefährdeten Personen oder des drohenden Schadens oder eine Verbindung beider Momente ansieht, wie dies allerdings der herrschenden Meinung[12]) entspricht. Denn da es nur auf die unmittelbaren Angriffsobjekte ankommt, sind sowohl die bedrohten Personen — eben die Gläubiger — als auch der zu erwartende Vermögensschaden — die Nichtbefriedigung der Forderungen — absolut bestimmbar. Es fragt sich aber, ob dieser Begriff der Gemeingefahr wirklich der des geltenden Rechts ist, und dies kann nur eine Betrachtung der im Strafgesetzbuch enthaltenen Gruppe der „gemeingefährlichen Verbrechen und Vergehen" zeigen. Wenn die Aufstellung dieser Gruppe überhaupt einen Sinn haben soll, dann muß sich aus ihr der Begriff der Gemeingefahr so bestimmen lassen, daß die einzelnen Delikte, sofern sie nicht schon nach ihrem Tatbestande eine Gemeingefahr voraussetzen, wenigstens in ihrem regelmäßigen Auftreten als gemeingefährliche erscheinen. Diejenigen Definitionen der Gemeingefahr nun, die von der Unbestimmtheit der gefährdeten Personen oder Sachen ausgehen,[13]) genügen diesem Erfordernis zwar für die meisten der in Betracht kommenden Tatbestände, aber, wie Binding (Lb. II, 1 S. 5) mit Recht hervorhebt, z. B. nicht für den des § 323. Die hier erwähnte Lebensgefährdung durch das Stranden- oder Sinkenmachen eines Schiffes braucht zwar in concreto keine Gemeingefährdung zu sein,[14]) da der Tatbestand nur verlangt, daß ein anderer gefährdet werde; nach der herrschenden Auffassung wäre sie es aber nicht einmal in abstracto. Denn es ist zwar — ob-

---

[12]) Übersicht bei Kitzinger S. 5f.

[13]) vgl. besonders v. Rohland S. 62: „unbestimmte große Gefahr", S. 63: „eine in ihrer Ausdehnung nicht vorhersehbare Gefahr"; Rotering, G. A. Bd. 31 S. 272: „Bedrohung der Sachen eines nicht abgeschlossenen Personenkreises". Ähnlich Beling, Gr. S. 88; Frank Erl. I vor § 306; v. Liszt S. 491/92; Merkel, Lb. S. 352; Schaper, H. H. III S. 861.

[14]) Olshausen Erl. 3 zu § 323 und die dort Zitierten.

wohl auch dies nicht unbestritten — möglich, daß auch andere als die auf dem Schiffe befindlichen Personen in einer den Tatbestand erfüllenden Weise gefährdet werden;[15]) aber der Natur der Sache nach bildet dieser Fall die verschwindende Ausnahme; in aller Regel wird nur die Schiffsbesatzung, also eine genau bestimmte Zahl von Personen, der Lebensgefährdung ausgesetzt sein. Aus diesem Beispielsfalle ergibt sich zugleich, worin das Wesen der Gemeingefahr in Wahrheit zu suchen ist; es kann sich hier nur darin zeigen, daß regelmäßig nicht die eine oder andere auf dem Schiffe befindliche Person, sondern alle in der gleichen Lage befindlichen unterschiedslos bedroht sind. Ein Überblick über die übrigen gemeingefährlichen Delikte des Strafgesetzbuchs zeigt, daß auch ihnen die gleichmäßige Gefährdung aller zu einem gewissen (kleineren oder größeren) Kreise gehörigen Objekte eigentümlich ist. Zu diesem Kreise gehören bei der Brandstiftung (§§ 306 f.) die in der Nähe des Brandortes befindlichen Personen und Sachen, bei der Eisenbahntransportgefährdung (§§ 315 f.) alles, was zur Zeit der Gefahrerregung sich durch die Transportmittel der Eisenbahn nach dem Tatorte bewegt, bei der Brunnenvergiftung (§ 324) diejenigen, die aus den vergifteten Brunnen regelmäßig Wasser schöpfen usw. Darin allerdings hat die herrschende Meinung recht, daß sich der tatsächliche Umfang des Kreises in der Regel nicht von vornherein bestimmen lassen wird; aber damit wird eben nur ein „beachtliches Symptom",[16]) nicht ein wesentliches Merkmal der Gemeingefährlichkeit bezeichnet. Auch liegt in ihrem Begriffe nichts von einer solchen Unbestimmbarkeit; mit Recht verstehen vielmehr die Motive (S. 189) unter „Gemeingefahr" eine „allgemeine Gefahr für Menschen oder Sachen". Nur muß man beachten, daß die „Allgemeinheit" in diesem Sinne nicht zusammenfällt mit der Gesamtheit der demselben Rechte unterworfenen Personen. Da vielmehr die Frage, welche und wie viele Personen oder Sachen in den Bereich der Gemeingefahr gehören, regelmäßig von dem Orte der Gefahrerregung abhängt, kann man das Wesen jener mit Binding (Lb. II, 1 S. 5) darin finden, „daß am Orte der Gefahr nicht ein

[15]) Olshausen a. a. O.; v. Wächter S. 119 u. a.

[16]) Binding, Lb. II, 1 S. 4.

oder zwei einzelne, sondern gleichmäßig die Gesamtheit der dort befindlichen Mehrheit von Objekten mit der Verletzung bedroht erscheint".

Ist dies aber richtig, dann kann es nicht zweifelhaft sein, daß der einfache Bankerutt mit den gemeingefährlichen Delikten wesensverwandt ist. Der Kreis der gefährdeten Personen und Sachen wird durch die Gläubigerschaft und ihre Forderungen gebildet, und die durch die Bankerutthandlung erzeugte Gefahr richtet sich ohne Unterschied[17]) gegen alles, was sich innerhalb dieses Kreises befindet. Auch die oben erwähnte Definition Bindings trifft mutatis mutandis hier zu. „Ort der Gefahr" ist der Ort, an dem der Täter die Bankerutthandlung vornimmt, Objekt sind die Gläubigerforderungen; diese befinden sich allerdings überhaupt an keinem Orte, stehen aber zu dem Orte der Gefahr wenigstens insoweit in Beziehung, als sich an ihm auch der Schuldner befindet, an dessen Person sie gebunden sind.

Dieses Ergebnis aber ist deshalb von Wichtigkeit, weil es einen Schluß auf die Schuldseite beim einfachen Bankerutt zuläßt. Was nämlich Kleinfeller (oben S. 51) von den Gefährdungsdelikten zu allgemein behauptet — daß zu ihrer Bestrafung im Zweifel die Schuldform der Fahrlässigkeit genüge —, das läßt sich für das engere Gebiet der gemeingefährlichen Delikte behaupten und beweisen. Die Methode dieses Beweises kann keine andere sein als die, mit deren Hilfe oben (S. 46) zu zeigen versucht wurde, daß nach der Auffassung des Strafgesetzbuches Voraussetzung der Bestrafung prinzipiell die vorsätzliche Verübung eines Deliktes sei. Es handelt sich in beiden Fällen nicht um Sätze, deren Richtigkeit sich a priori feststellen ließe; wenn sie überhaupt Geltung haben, so kann dies nur empirisch ermittelt werden. Das wird hier erheblich erleichtert, weil die Tatbestände der gemeingefährlichen Delikte sich fast alle ausdrücklich über die Schuldseite aussprechen. Eine Ausnahme machen nur der oben besprochene § 316 Abs. 2 und der ihm analoge § 318 Abs. 2 sowie die §§ 320 u. 330; in diesen Fällen kann nach der mit Recht

---

17) Etwaige Vorzugsrechte in einem späteren Konkurse kommen hier natürlich nicht in Frage.

herrschenden Meinung auch bei Fahrlässigkeit gestraft werden,[18]) was sich für die beiden ersten Vorschriften aus ihrem Vergleich mit den §§ 315, 316 Abs. 1 bezw. §§ 317, 318 Abs. 1, für die beiden letzten aus dem Zwecke des Gesetzes ergibt. Von den übrigen Delikten dieses Abschnitts ist für die strafbaren Handlungen in bezug auf ansteckende Krankheiten (§§ 327, 328) Vorsatz[19]) verlangt,[20]) sonst ausdrücklich Fahrlässigkeit für ausreichend erklärt. Daß die Fahrlässigkeitsstrafe in den Fällen der §§ 326, 329 vom Eintritt eines schädigenden Erfolges abhängig gemacht ist, kommt hier nicht in Betracht. Der Grund für die in diesem Umfange ungewöhnliche Behandlung der Schuldseite ist der von Kleinfeller a. a. O. (oben S. 51) angegebene. In den gemeingefährlichen Delikten liegt hier ihrer Natur nach ein besonders intensiver Angriff auf das allgemeine Wohl, und deshalb erfordern sie ein schärferes Zugreifen der Gesetzgebung.

Da nun diejenigen dieser Delikte, bei denen auch die Fahrlässigkeit bedroht ist, die nur bei Vorsatz strafbaren an Zahl erheblich überwiegen — besonders wenn man zu den ersteren die Fälle hinzunimmt, in denen eine ausdrückliche Schuldbezeichnung fehlt —, so läßt sich hier, entsprechend dem allgemeinen Satze, daß ein Zweifel nur bei Vorsatz zu strafen sei, die Ausnahmeregel formulieren: gemeingefährliche Delikte sind, wenn nicht aus der betreffenden Einzelvorschrift unzweideutig das Gegenteil folgt, nach der Auffassung des Strafgesetzbuches schon bei fahrlässiger Begehung strafbar. Und da ferner aus den Worten des § 240 über die Schuldseite nichts Positives zu entnehmen ist, so ergibt sich, daß zur Bestrafung wegen einfachen Bankerutts die fahrlässige Begehung der Bankerutthandlungen hinreicht.

---

[18]) Bruck S. 49/50 (aber nicht für die §§ 316 Abs. 2 u. 318 Abs. 2); v. Liszt S. 498/99, 504; Meyer-Allfeld S. 596/97, 601; Olshausen Erl. 7 zu § 316, Erl. 2 zu § 318, Erl. 3 zu § 320, Erl. 1 zu § 330; Oppenhoff Erl. 6 zu § 316, Erl. 3 zu § 320, Erl. 8 zu § 330

[19]) Wenigstens ist dies die herrschende Auslegung des Wortes „wissentlich“; vgl. Meyer-Allfeld S. 141.

[20]) Dasselbe ist bei den Delikten des Sprengstoffgesetzes von 1884 (§§ 5—10) der Fall.

III. Dieses Ergebnis entspricht, wie schon bemerkt, durchaus der überwiegenden Ansicht. Soweit deren Anhänger in der Zahlungseinstellung (Konkurseröffnung) eine bloße Bedingung der Strafbarkeit sehen, müssen sie hiernach auch die Möglichkeit einer fahrlässigen Verübung des einfachen Bankerutts zugeben. Es ist daher nicht zu billigen, wenn v. Liszt (S. 461) die Bezeichnung „fahrlässiger Bankbruch" mit der Begründung für irreführend erklärt: „Die einzelnen Handlungen zwar müssen vorsätzlich oder fahrlässig begangen sein; Fahrlässigkeit aber in bezug auf die Zahlungseinstellung (oder Konkurseröffnung) kann ... nicht gefordert werden". v. Liszt lehnt also die Bezeichnung nicht etwa wegen ihre Allgemeinheit ab, d. h. weil die Bankerutthandlungen auch vorsätzlich oder weil einige nur vorsätzlich begehbar seien. Der Grund seiner Auffassung könnte demnach nur darin liegen, daß er das Wort „Bankbruch" hier im Sinne des gewöhnlichen Sprachgebrauchs (dem übrigens die deutsche Bezeichnung fremd sein dürfte)[21]) versteht, wonach die Zahlungseinstellung (Konkurseröffnung) das wesentliche Moment des Vergehens ist. v. Liszt hat früher (Lehrb. 4. Aufl. 1891 S. 479) für die Bankerutthandlungen Vorsatz verlangt, eine Ansicht, die heute von Birkmeyer, Frank und Wach vertreten wird. Birkmeyer (S. 1129) beruft sich hierfür auf den nach richtiger Ansicht dem Strafgesetzbuch unbekannten (vgl. oben S. 46/47) allgemeinen Grundsatz, daß wegen Fahrlässigkeit nur bei ausdrücklicher Anordnung des Gesetzes gestraft werden dürfe, Frank (Erl. 1 zu § 240) auf den Wortlaut der Bestimmung und die unbefriedigenden Ergebnisse der herrschenden Lehre. Die Argumente Franks sind aber nicht stichhaltig. Daß der Wortlaut des Gesetzes „auf Vorsatz hinweist", ist so allgemein unmöglich zuzugeben;[22]) und daß die Möglichkeit der Verfolgung bloß fahrlässiger Bankerutthandlungen den Bedürfnissen des Verkehrs jedenfalls nicht widerstreitet, geht vor allem aus den Darlegungen Kleinfellers (a. a. O.) hervor. Wenn die herrschende Lehre bisweilen zu Folgerungen kommt,

---

[21]) vgl. Wolff S. 3.

[22]) vgl. für den Fall der Ziff. 1 die genau entgegengesetzte Auslegung Bindings Bd. 1 S. 437.

die „das Rechtsgefühl schwer verletzen",[23]) so kann daraus nicht der zugrunde liegenden Ansicht, sondern nur der Art der Folgerung ein Vorwurf gemacht werden. Es ist zwar nicht gutzuheißen, daß das Reichsgericht[24]) als „Aufwand" im Sinne der Ziff. 1 auch Veruntreuungen durch ungenügend beaufsichtigte Hausangehörige ansieht, denn Aufwand kann seinem Begriffe nach nur durch den Aufwendenden selbst oder durch andere mit seinem Willen getrieben werden;[25]) aber die Richtigkeit der Grundauffassung wird dadurch nicht berührt. Ferner macht sich — um eine ähnliche Einwendung Wachs hervorzuheben — ein Kaufmann dadurch allein, daß er seine Handelsbücher nicht feuersicher aufbewahrt, sicherlich nicht strafbar; sollte er aber auch dann nicht bestraft werden können, wenn ein sie zerstörender Brand ausgebrochen ist, der in concreto vorhersehbar oder vermeidbar war? Übrigens könnte, selbst wenn sich die eine oder die andere unliebsame Folgerung für eine der mannigfachen Erscheinungsformen des einfachen Bankerutts ergäbe, daraus nicht ohne weiteres ein so allgemeiner Schluß für den ganzen Tatbestand gezogen werden. Auch die von Wach (S. 84/85) betonten Widersprüche zwischen den §§ 239 u. 240 sowie zwischen den einzelnen Ziffern des § 240 dürften kaum vorhanden sein. Jedenfalls liegt ein solcher nicht darin, daß — wie allerdings zuzugeben — die Handlungen des einfachen Bankerutts, abgesehen von gewissen Buchdelikten, auch in Benachteiligungsabsicht begangen werden können (vgl. oben S. 47/48); denn daß das Gesetz diesen Fall nicht als regelmäßigen vor Augen hat, zeigt der Vergleich mit dem § 239; und wenn er ausnahmsweise eintritt, so kann seine erschwerende Bedeutung im Rahmen der Strafzumessung hinreichend berücksichtigt werden. Daß Aufwand, Spiel, Wetten und Differenzhandel bei zurechnungsfähigen Menschen nur vorsätzlich geschehen, ist freilich richtig; aber der Tatbestand der Bankerutthandlung ist damit noch nicht erschöpft, und hinsichtlich des Erfolges ist Fahrlässigkeit immerhin denkbar (vgl. oben S. 49, unten § 8). Ähnliches gilt schließlich

---

[23]) Wach S. 83.

[24]) RGE. Bd. 15 S. 309f., Bd. 31 S. 151; dagegen auch Frank Erl. 3 zu § 240.

[25]) vgl. Cohn S. 211.

auch von dem „Verheimlichen" in Ziff. 3. Selbst wenn aber in diesen Fällen nur Vorsatz vorausgesetzt würde, wäre damit für die übrigen noch nichts bewiesen.

§ 8.

b) Besondere Fälle.

Die Einwände der Gegner erweisen sich also als hinfällig, und es darf behauptet werden, daß zur Bestrafung wegen einfachen Bankerutts im allgemeinen Vorsatz oder Fahrlässigkeit vorausgesetzt wird. Dies würde jedoch nicht ausschließen, daß für die eine oder andere Erscheinungsform des Delikts wegen der Eigenart ihres Tatbestandes Abweichungen von dieser Regel beständen. Die hierfür in Betracht kommenden Fälle sind daher gesondert ins Auge zu fassen. Zunächst soll dies für den bisher nicht berücksichtigten Tatbestand der Ziff. 2 geschehen.

1. Es sei von vornherein bemerkt, daß hier über die Schuldfrage Einstimmigkeit herrscht, indem allgemein nur die vorsätzliche Begehung für strafbar erklärt wird. Begründet wird dies in der Regel damit, daß der subjektive Tatbestand die Absicht des Schuldners fordert, die Eröffnung des Konkursverfahrens hinauszuschieben.[1]) Aber hieraus allein scheint jener Satz noch nicht hervorzugehen. Der objektive Tatbestand der Ziff. 2 besteht darin, daß Waren oder Wertpapiere auf Kredit entnommen und „erheblich unter dem Werte in einer den Anforderungen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft widersprechenden Weise veräußert oder sonst weggegeben" werden. Die Absicht des Schuldners aber, die diesen Handlungskomplex begleiten muß, bezieht sich nicht auf ihn, sondern auf ein „außertatbestandsmäßiges Moment" (Beling), das Hinausschieben der Konkurseröffnung. Daraus nun, daß in dieser Hinsicht eine sogar gesteigerte Form des Vorsatzes verlangt wird, folgt durchaus nicht das Erfordernis des Vorsatzes auch für den objektiven Tatbestand. Wohl ist es richtig, daß die Einzelhandlungen der Entnahme auf Kredit und der Weiterveräußerung

---

[1]) vgl. z. B. Blum S. 29; Freund S. 39; Olshausen Erl. 23 zu § 240; Rehm S. 897.

nicht anders als vorsätzlich denkbar sind; aber für die übrigen Tatbestandsmerkmale, nämlich für die Erheblichkeit des Unterschiedes zwischen dem Werte und dem Verkaufspreise sowie für die Unwirtschaftlichkeit der Weggabe, trifft dies nicht zu. Es könnte z. B. ein Kaufmann in jener Absicht den objektiven Tatbestand erfüllen und trotzdem infolge Irrtums über den Wert[2]) der Waren die Differenz zwischen diesem und dem Veräußerungspreise für unerheblich, wenngleich zur Heranziehung von Kunden für geeignet halten. Der wahre Grund für die Strafbarkeit nur der vorsätzlichen Verübung liegt daher in anderer Richtung. Aus dem Wortlaut der Ziff. 2 ergibt sich, daß der hier vorausgesetzte Schuldner sich „am Vorabend des Zusammenbruchs“[3]) befindet; wenn er in dieser Lage noch einerseits fremden Kredit in Anspruch nimmt, andererseits das auf solchem Wege Erlangte verschleudert, so liegt darin nicht mehr eine bloße Gefährdung seiner Gläubiger, sondern schon ein tatsächlicher Eingriff in ihre Vermögensrechte, vor allem in die der neuen Kreditgeber; und dieser Gesichtspunkt ist für die Bestrafung maßgebend. Der in Ziff. 2 enthaltene Fall ist also ein heterogenes Element,[4]) ein Verletzungs-, nicht ein Gefährdungs- oder gar ein gemeingefährliches Delikt. Daraus folgt, daß die oben für den einfachen Bankerutt im allgemeinen gewonnenen Sätze sich hier nicht anwenden lassen. Da aber auch in diesem Falle das Gesetz die Schuldseite, soweit sie sich auf den objektiven Tatbestand bezieht, nicht erwähnt, so ist auf die oben S. 47 aufgestellte allgemeine Auslegungsregel zurückzugreifen, und diese lehrt in der Tat, daß hier nur bei vorsätzlicher Verübung Strafe eintreten kann. Danach muß der Schuldner auch jene Wert- bezw. Preisdifferenz und die Unwirtschaftlichkeit seines Verhaltens in seinen Willen aufgenommen haben, ein Erfordernis, das als gegeben anzusehen ist, wenn er sich von seiner Handlung nicht hat abhalten lassen, obwohl er sich bewußt war oder es doch für möglich hielt, daß sie die genannten Merkmale an sich trage.

---

[2]) Gegen die berichtigende Auslegung Bindings, Lb. I S. 437 (Einkaufspreis) vgl. Olshausen Erl. 9 zu § 240; Wolff Erl. 4 zu § 240.

[3]) Jaeger Erl. 17 zu § 240 S. 964.

[4]) Binding, Lb. I S. 438/39; vgl. Weber, GS. Bd. 65 S. 78; and. M. Freund S. 26.

Außer für den Fall der Ziff. 2 wird allgemein für das Verheimlichen und häufig auch für die Vernichtung[5]) der kraft gesetzlicher Vorschrift zu führenden Handelsbücher Straflosigkeit, weil Unmöglichkeit eines bloß fahrlässigen Handelns angenommen. Zunächst ist aber nicht zuzugeben, daß das Vernichten begrifflich einen Vorsatz verlange. Wenn z. B. ein Kaufmann bei Feuers- oder Wassersnot seine Handelsbücher fahrlässigerweise nicht in Sicherheit bringt und dies der Grund ihrer Zerstörung wird, so kann wohl von fahrlässiger Vernichtung gesprochen werden. Das „Verheimlichen" erfordert allerdings ein Wissen und Wollen dessen, was man tut, aber der Tatbestand dieser Alternative der Ziff. 3 ist damit noch nicht erfüllt; es gehört dazu ferner das Bestehen einer handelsgesetzlichen Buchführungspflicht, d. h. (HGB. §§ 38 Abs. 1, 4 Abs. 1) die Vollkaufmannseigenschaft des Täters, und bei fahrlässiger Nichtkenntnis derselben ist mindestens dann der Deliktsvorsatz ausgeschlossen, wenn es sich um einen Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen handelt.[6]) Daß die Buchführungspflicht überhaupt ein Tatbestandsmerkmal sei, wird von Beling (Vbr. S. 159 N. 1, S. 240 N. 1) bestritten, der den Irrtum hierüber für einen „Irrtum im Punkte der Rechtswidrigkeit" erklärt; aber dies hängt mit seinem engeren Tatbestandsbegriffe zusammen und ist hier deshalb belanglos, weil auch ein Irrtum dieser Art wegen des fehlenden Bewußtseins der Rechts- bezw. Pflichtwidrigkeit[7]) den Vorsatz ausschließen und die fahrlässige Begehung möglich machen würde. Soweit es sich übrigens nur um die Verheimlichung oder Vernichtung einzelner Bücher handelt, hängt die Bestrafung weiter davon ab, daß die Vermögensüber-

[5]) Für beides z. B. Neumeyer S. 163; Wach S. 85; RGE. Bd. 13 S. 359, Bd. 16 S. 279; nur für das Verheimlichen Reichart S. 284; Schmidt S. 190; ähnlich Jaeger Erl. 23 zu § 240 S. 965.

[6]) Diese Einschränkung ist mit Rücksicht auf die Rechtsprechung des RG. gemacht, das den Rechtsirrtum über die Buchführungspflicht als strafrechtlichen (?) für unerheblich erklärt; vgl. RGE. Bd. 33 S. 180; dagegen mit Recht Kohlrausch S. 131/32; ferner v. Hippel, Vorsatz S. 550f.

[7]) Auf die hiermit zusammenhängende Streitfrage kann nicht näher eingegangen werden; vgl. Beling, Vbr. S. 180f.; v. Hippel, Vorsatz S. 586f.; Kohlrausch S. 47f.; M. E. Mayer S. 114/15.

sicht vereitelt wird,[8]) so daß auch in bezug auf diesen Erfolg Fahrlässigkeit denkbar ist.

2. Im Gegensatze hierzu wird für eine andere Bankerutthandlung, die unordentliche Buchführung, die ausschließliche Möglichkeit fahrlässiger Begehung behauptet.[9]) Dies wird zunächst aus dem vom Gesetze gebrauchten Worte „unordentlich“ gefolgert,[10]) das gleichbedeutend sein soll mit der Wendung „unter Außerachtlassung der Sorgfalt des ordentlichen Geschäftsmannes“. Damit ist dessen Sinn allerdings richtig bezeichnet.[11]) Aber daraus folgt noch nicht, daß die Bücher dann unordentlich geführt sind, „wenn der Buchführende die Tatsache der mangelnden Ordnung nicht als sicheren oder möglichen Erfolg seiner Handlung sich vorgestellt hat, aber hätte vorstellen sollen und können“. Denn abgesehen davon, daß danach als Schuld überhaupt nur die „unbewußte Fahrlässigkeit“ in Betracht käme, wird die rein negative Bedeutung des Wortes „unordentlich“ übersehen. Wer sich bei der Buchführung nicht wie ein ordentlicher Geschäftsmann verhält, kann dies tun, obwohl er sich die entgegenstehende Pflicht klar gemacht hat — dann handelt er vorsätzlich —, oder weil er sie sich nicht oder nicht genügend klar gemacht hat — nur dann liegt Fahrlässigkeit vor. Das Wort „unordentlich“ enthält also, ähnlich wie das Wort „leichtsinnig“ (oben S. 41) lediglich einen allgemeinen Vorwurf, aber keine Aussage über den Grund der Mißbilligung; und damit fehlt ihm gerade das, was es zu einem Synonymum des Ausdruckes „fahrlässig“ machen könnte. Ein zweites Argument[12]) stützt sich auf den Vergleich mit dem entsprechenden Buchdelikt des § 239; die unordentliche Buchführung, so sagt man, setze deshalb notwendig Fahrlässigkeit voraus, weil sie bei vorsätzlicher Begehung „regelmäßig“ unter Ziff. 4 des § 239 fallen würde. Dieser Ansicht steht zwar nicht die etwas abweichende Wortfassung

---

[8]) Petersen S. 708; Reichart S. 751; vgl. auch oben S. 29/30.

[9]) Cohn S. 211; Rehm S. 897; vgl. Reichart S. 269/70, der, weil zwischen den Buchdelikten und einer Zahlungsunfähigkeit nicht der von ihm vorausgesetzte Kausalzusammenhang bestehen kann, hier stets eine fahrlässige Geschäftsführung präsumiert.

[10]) Rehm a. a. O.

[11]) vgl. Olshausen Erl. 12 zu § 240 (S. 1537).

[12]) Cohn a. a. O.

des § 239 Ziff. 4 entgegen, wo das Wort „unordentlich“ fehlt;[13]) sie ist aber jedenfalls dann unrichtig, wenn man die dort geforderte Benachteiligungsabsicht als den Beweggrund des verbrecherischen Handelns aufzufassen hat; denn wer vorsätzlich seine Bücher so führt, daß sie keine Übersicht über den Vermögensstand gewähren, der will zwar diesen Erfolg, aber es muß ihn nicht gerade die Vorstellung desselben zum Handeln veranlaßt haben. Ob man freilich den § 239 bei der schwankenden Terminologie des Strafgesetzbuchs so auslegen darf, ist nicht ganz sicher. Dafür spricht, daß das Wort „Absicht“ in der Sprache des Strafgesetzbuchs wenigstens meist die hier vorausgesetzte Bedeutung hat, dagegen allerdings, daß dann die Strafe des betrüglichen Bankerutts nur äußerst selten angewendet werden könnte. Aber auch wenn man die Begriffe „Absicht“ und „Vorsatz“ hier nahezu gleichsetzen könnte,[14]) würden noch keineswegs alle Fälle der vorsätzlich unordentlichen Buchführung zum betrüglichen Bankerutt gehören; denn durch das Wort „Absicht“ wäre dann, wenn es nicht völlig in dem Vorsatzbegriffe aufgehen soll, wenigstens der dolus eventualis ausgeschlossen,[15]) und gerade dieser wird hier häufig sein, weil der künftige Mangel einer Vermögensübersicht sich nur selten als sicher wird voraussehen lassen.

3. Bei den übrigen Fällen des einfachen Bankerutts liegt kein Grund vor, eine Abweichung von der festgestellten allgemeinen Regel anzunehmen. Es ist also außer dem Falle der Ziff. 2 jede Bankerutthandlung bei vorsätzlicher oder fahrlässiger Begehung strafbar. Daß es innerhalb der Tatbestände Momente gibt, die begrifflich Vorsatz erfordern, ist von Bedeutung nur für die Frage, auf wie viele Arten jeder Einzeltatbestand fahrlässig verwirklicht werden kann. Denn da ein fahrlässiges Delikt schon dann vorliegt, wenn nur in bezug auf ein Tatbestandsmerkmal Fahrlässigkeit gegeben ist[16]) (vorausgesetzt

---

[13]) vgl. Olshausen Erl. 12 zu § 240; v. Liszt S. 461; Neumeyer S. 170; Oppenhoff Erl. 26 zu § 239; Weber, GS. Bd. 65 S. 79.

[14]) So Binding, Lb. I S. 430; Meyer-Allfeld S. 495 N. 13; Olshausen Erl. 34 zu § 239; Reichart S. 309.

[15]) And. M. freilich Stenglein, NGes. Erl. 14 zu § 239.

[16]) Finger, Lb. S. 267; v. Hippel S. 565; v. Liszt S. 184.

natürlich, daß auch hinsichtlich der übrigen ein Verschulden vorliegt), so hängt die Anzahl jener Arten von der Anzahl der fahrlässig erfüllbaren Tatbestandsmerkmale ab. Selbstverständlich[17]) ist der einfache Bankerutt auch dann schon fahrlässig begangen, wenn der Täter zwar die im Gesetze bezeichnete Handlung in allen ihren Teilen vorsätzlich verübt, aber dabei das Bewußtsein ihrer Rechts- bezw. Pflichtwidrigkeit schuldhaft nicht erlangt hat (was praktisch allerdings höchst selten sein dürfte). Unter denen, die im einfachen Bankerutt ein Gefährdungsdelikt sehen, wird — meist mit Beschränkung auf den Fall der Ziff. 1 — über die Frage gestritten, ob, wie zum Vorsatz das Bewußtsein der Gefährlichkeit des Handelns, entsprechend zur Fahrlässigkeit der auf Unachtsamkeit beruhende Mangel dieses Bewußtseins gehöre. Nach der hier vertretenen Auffassung des einfachen Bankerutts ist beides zu verneinen;[18]) denn die gefahrbringende Natur des einfachen Bankerutts ist zwar der Grund, aus dem er unter Strafe gestellt wird, aber das Gesetz hat durch die Festlegung der Umstände, unter denen es die Gefahr als gegeben ansieht, die Erörterung dieser Frage in concreto abgeschnitten; und da der Gefahreintritt nicht zum objektiven Tatbestandsmerkmal gemacht ist, braucht er auch von der Schuld nicht umfaßt zu werden.

Der Tatbestand der Ziff. 1 wird, wie bereits hervorgehoben,[19]) meist vorsätzlich erfüllt werden. Das Hauptmoment, hinsichtlich dessen eine Fahrlässigkeit häufiger vorkommen dürfte, bildet die Übermäßigkeit der verbrauchten oder schuldig gewordenen Summen. Das Reichsgericht[20]) will freilich in dieser Beziehung von der Frage nach einem Verschulden überhaupt absehen.[21]) Offenbar ist aber

---

17) Wenigstens für diejenigen, die zum Vorsatz das Bewußtsein der Rechts- oder Pflichtwidrigkeit fordern.

18) Ebenso Neumeyer S. 148; Wach S. 43; and. M., im Anschluß an Binding, N. II S. 456, Lb. I S. 437 und v. Rohland S. 24; Rüdorff Erl. 1 zu § 210 a. KO.; Stenglein, NGes. Erl. 2 zu § 240.

19) Oben S. 49; vgl. Neumeyer S. 146.

20) RGE. Bd. 14 S. 80 f. (87). Allerdings wird hier nur das Bewußtsein der Übermäßigkeit für nicht erforderlich erklärt; aber nach dem sonstigen Inhalt des Urteils muß dasselbe für das schuldhafte Fehlen dieses Bewußtseins angenommen werden.

21) Zust. K. Meyer Erl. I, 1 zu § 240; Oppenhoff Erl. 5 zu § 240;

gerade die Übermäßigkeit ein diese Bankerutthandlung besonders kennzeichnendes Merkmal, und es muß daher zur Bestrafung mindestens verlangt werden, daß der Täter sich des Mißverhältnisses zwischen seinem bei Vornahme der Bankerutthandlung vorhandenen Vermögen und den aus ihr erwachsenen Verlusten bei Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt hätte bewußt werden müssen.

Bei den Buchdelikten spielt die fahrlässige Begehung eine weit größere Rolle. Insbesondere wird es hier nicht selten dadurch zur Bestrafung kommen, daß der Kaufmann die Buchführung und Bilanzziehung Angestellten überträgt und es bei deren Leitung und Beaufsichtigung an der gehörigen Sorgfalt fehlen läßt, oder daß er bei vorübergehender Verhinderung oder dauernder Unfähigkeit einen untauglichen Vertreter bestellt. Mit Fällen dieser und ähnlicher Art hat sich das Reichsgericht sehr häufig beschäftigt; die Einzelheiten sind hier belanglos. Erinnert sei nur daran, daß zahlreiche Buchdelikte als Erfolges der mangelnden Vermögensübersicht bedürfen (oben S. 29), und daß zum objektiven Tatbestande auch die Vollkaufmannseigenschaft gehört, so daß bei schuldloser Unkenntnis derselben, gleichviel ob sie sich auf die handelsgesetzlichen Vorschriften selbst oder die tatsächlichen Unterlagen ihrer Anwendung bezieht, auch wegen Fahrlässigkeit nicht gestraft werden kann.[22])

C. Schluß.

§ 9.

Das Ergebnis läßt sich dahin zusammenfassen: Der einfache Bankerutt ist ein „Fahrlässigkeitsdelikt" in dem in der Einleitung bezeichneten Sinne; denn bei allen seinen Erscheinungsformen ist neben der vorsätzlichen auch die fahrlässige Begehung möglich und strafbar. Eine Ausnahme bildet nur der Fall der Ziff. 2, der zur

---

im Ergebnis auch v. Bar Bd. 2 S. 405; dagegen Neumeyer S. 151 Nr. 2; Cohn S. 211; Petersen S. 703; v. Sarwey Erl. 1 zu § 240.

[22]) Vom RG. nur für den zweiten Fall zugegeben; vgl. oben Anm. 6. Dem RG. stimmen zu Oppenhoff Erl. 2 zu § 240; Reichart S. 181; Rüdorff Erl. 2 zu § 240; v. Sarwey Erl. 4 zu § 240; Schmidt S. 167.

Bestrafung vorsätzliche Begehung voraussetzt. Zu verwerfen ist die Benennung „fahrlässiger Bankerutt", weil sie den Irrtum hervorrufen könnte, eine Handlung falle nur bei fahrlässiger Verübung unter den § 240 KO.

Man geht schwerlich zu weit mit der Behauptung, daß unter den Delikten des Reichsstrafrechts der einfache Bankerutt gerade wegen seiner Schuldseite zu den umstrittensten gehört. Die Ursache hierfür liegt kaum in seinem späteren Eintritt in den Bereich der deutschen Wissenschaft, sondern darin, daß der Gesetzesausleger hier zur Ergänzung des Wortlauts der Strafvorschrift beständig auf „allgemeine Prinzipien", ungeschriebenes Recht, zurückgreifen muß.[1]) Die hierdurch bedingte Unsicherheit wird erst schwinden, wenn entweder diese Prinzipien gesetzlich fixiert werden — was sich der gegenwärtige Vorentwurf zum Strafgesetzbuch (besonders § 58) zum Ziele macht — oder der Spezialtatbestand des einfachen Bankerutts eine alle Zweifel ausschließende Fassung erhält.

---

[1]) Scharfe Kritik bei Wach S. 63; vgl. v. Rohland S. 33; Meves S. 377.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.

Lebenslauf.

Ich, Ernst Friedrich Kohn, wurde am 20. September 1888 zu Berlin geboren als Sohn des Kaufmanns Leopold Kohn und seiner Ehefrau Mathilde geb. Dickmann. Ich bin preußischer Staatsangehöriger jüdischer Religion. Mein Vater ist im Jahre 1904 gestorben.

Von Oktober 1894 bis Ostern 1902 besuchte ich das Askanische Gymnasium in Berlin, von da an das Kgl. katholische Gymnasium in Gleiwitz, dem jetzigen Wohnsitz meiner Mutter. Hier erhielt ich Ostern 1907 das Reifezeugnis. Ich studierte dann an den Universitäten München, Berlin, Freiburg i. B. und Breslau die Rechtswissenschaft. In Breslau bestand ich am 2. Juni 1910 die erste juristische Prüfung, am 29. Juli 1910 das Rigorosum. Seit dem 17. Juni 1910 bin ich bei dem Kgl. Amtsgericht in Tost als Referendar beschäftigt.

Vom 1. Oktober 1910 bis zum 30. September 1911 habe ich bei dem Infanterieregiment Keith (1. Oberschles.) Nr. 22 meiner Militärdienstpflicht genügt.